Das unsittliche Rechtsgeschäft (§ 138 BGB.) und das Rechtsschicksal der Leistungsgegenstände bei widersittlichem Grundgeschäft (insbesondere § 817 BGB.).

Abhandlung

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Bonn

vorgelegt von

Clemens Fischer
Gerichtsreferendar
aus
Limburg/Lahn

Druck: Gebr. Steffen, Limburg a. d. Lahn

1937

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Kipp und Dr. Dölle

Die Arbeit ist Anfang Oktober 1937 abgeschlossen worden.

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung 3

Erstes Kapitel:

Das wegen Verstoßes „gegen die guten Sitten" nichtige Rechtsgeschäft 7

Vorbemerkung:

§ 138 BGB. und Art. 152 WV. 7

§ 1. Der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB. 8

I. Das Rechtsgeschäft muß gegen die guten Sitten verstoßen. 8

1.) Das Gesetz erläutert den Begriff „gute Sitten" nicht . 8

2.) Die wörtliche Auslegung des Begriffes „gute Sitten" gibt zu Bedenken Anlaß. Trotzdem folgen einige Schriftsteller der Wortauslegung. 9

3.) Eigene Stellungnahme. Das Gesetz verweist in § 138 Abs. 1 BGB. auf die Sittlichkeit 9

4.) Das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit . . . 11

II. Das Rechtsgeschäft muß gegen die guten Sitten verstoßen. Ein Rechtsgeschäft ist nur dann gemäß § 138 Abs. 1 BGB. nichtig, wenn eine bestimmte Beziehung zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Verstoße gegen „die guten Sitten" besteht 13

1.) Lotmar u. a. sind der Ansicht, der Verstoß „gegen die guten Sitten" könne nur ein objektiver sein . . . 13

2.) Das Reichsgericht nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein 14

3.) Die Anschauung des Reichsgerichts hat sich auch in der Lehre durchgesetzt 16

4.) Eigene Stellungnahme 17

5.) Im Rahmen dieses Abschnittes wird nicht die Aufzählung von Fallgruppen, die einen Verstoß wider die Sittlichkeit enthalten, erfolgen 22

III. Das Rechtsgeschäft muß gegen die guten Sitten verstoßen 23

1.) a) Unter „guten Sitten" ist die im Volke geübte Moral zu verstehen 23

b) Maßgebend dafür, ob ein Geschäft „gegen die guten Sitten" verstößt, ist die Zeit der Beurteilung . . 24

c) Die Möglichkeit des Vorliegens eines „moralischen Notstandes" kann nicht bedenkenfrei verneint werden 24

d) Für die Auslegung des Begriffes „Verstoß gegen die guten Sitten" muß auch die sittliche Anschauung des Berufsstandes berücksichtigt werden, innerhalb dessen das Rechtsgeschäft wirken soll 26

e) Der Begriff „öffentliche Ordnung" kann zur Auslegung des § 138 BGB. nicht herangezogen werden 26

f) § 138 Abs. 1 BGB. kein Mittel, sittlich Gebotenes zu erzwingen, sondern ein Mittel, sittlich Verbotenes zu verhindern 26
2.) Einzelne Gruppen, die eine besonders häufige Form des Verstoßes „gegen die guten Sitten“ darstellen . 27
3.) Die Frage, ob auch ein abstraktes Geschäft widersittlich nichtig sein kann, soll weiter unten behandelt werden . 37
4.) Rechtsgeschäfte, die der Regelung des § 138 Abs. 1 BGB. entzogen sind 37
5.) Die Frage, ob ein Rechtsgeschäft „gegen die guten Sitten“ verstößt, ist Rechtsfrage 38
§ 2. Der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. 39
I. Das Wuchergeschäft, das einzig gesetzlich geregelte Beispiel des „gegen die guten Sitten“ verstoßenden Rechtsgeschäfts . 39
II. 1.) In welcher Form der Wucher äußerlich in Erscheinung tritt, ist nach dem Gesetze unwesentlich 39
2.) Der nationalsozialistische Staat wird den Wucher nicht dulden 39
III. Im Gegensatz zum Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB. setzt sich der Wucher notwendigerweise aus einem objektiven und einem subjektiven Teil zusammen 39
1.) Der objektive Tatbestand des Wuchers 39
2.) Der subjektive Tatbestand des Wuchers . . . 42
IV. Das Wuchergeschäft, ein besonders gefährlicher Fall des „gegen die guten Sitten“ verstoßenden Rechtsgeschäfts . 43
V. § 138 Abs. 2 BGB. regelt nur den „Individualwucher“ . 43
§ 3. a) Die Folge des Verstoßes „gegen die guten Sitten“, wenn das Rechtsgeschäft ein kausales Verpflichtungsgeschäft ist . 44
I. Kausale Verpflichtungsgeschäfte i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. und des § 138 Abs. 2 BGB. sind nichtig . . 44
1.) Die Widersittlichkeit des Rechtsgeschäfts ist eine ursprüngliche 44
2.) Die Widersittlichkeit ist eine nachträgliche . . 45
3.) Versuche der Theorie, die Nichtigkeit einzuschränken 46
II. Rechtspolitik 47
§ 4. b) Die Folge des Verstoßes „gegen die guten Sitten“, wenn das Rechtsgeschäft ein Verfügungsgeschäft oder ein abstraktes Verpflichtungsgeschäft ist 50
I. Die für § 138 Abs. 1 BGB. maßgebende Regelung . 50
1.) Ein Verfügungsgeschäft kann als solches widersittlich und deshalb nichtig sein 50
2.) Die Nichtigkeit eines kausalen Verpflichtungsgeschäftes hat die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäftes zur Folge 61
a) wenn die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes zur Bedingung der Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes gemacht worden ist, oder wenn . . 61
b) Verfügungsgeschäft und Verpflichtungsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB. bilden 63
3.) Zusammenfassung von 1 und 2 65

Seite

II. Die für § 138 Abs. 2 BGB. maßgebende Regelung . 66
1.) Die Leistung des Bewucherten ist grundsätzlich nichtig 66
2.) Die Leistung des Wucherers folgt den Regeln zu I . 67
III. Die Anwendung neuer Gedanken soll Vergangenes nicht zu künstlichem Leben erwecken 69

Zweites Kapitel:

Das Rechtsschicksal der Gegenstände der trotz Widersittlichkeit des Grundgeschäftes erfolgten Leistung („widersittliche Leistung") 69

§ 5. Das Rechtsschicksal der Leistungsgegenstände, wenn die „widersittliche Leistung" nichtig ist 70
I. Gegenstand der Leistung bildete ein Recht. Eine tatsächliche Wertbewegung hat ebensowenig stattgefunden wie eine rechtliche 70
II. Der Gegenstand der Leistung war eine Sache . . . 70
1.) Dem Leistenden steht entweder die rei vindicatio oder 71
2.) die an deren Stelle tretenden Ausgleichsansprüche zu . 71

§ 6. Das Rechtsschicksal der Leistungsgegenstände, wenn die „widersittliche Leistung" wirksam ist 72
I. Durch die Vornahme des Leistungsgeschäftes hat nur der Empfänger sittlich verwerflich gehandelt. Der Empfänger ist zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet gemäß § 817 S. 1 BGB. 72
1.) Das Platzgreifen der Vorschrift des § 817 S. 1 BGB. schließt die Anwendung der §§ 812 ff. BGB. aus . 73
2.) Der Empfänger braucht sich der Widersittlichkeit seines Handelns nicht bewußt zu werden 75
Das folgt aus dem Strafcharakter des § 817 S. 1 BGB.
3.) Für die Anwendbarkeit des § 817 S. 1 BGB. ist es unerheblich, ob der mit der Leistung verfolgte Zweck erreicht wurde oder nicht 76
4.) § 814 BGB. steht § 817 S. 1 BGB. nicht entgegen . 77
5.) Den Umfang der Herausgabepflicht regelt § 819 Abs. 2 BGB. erschöpfend 77
II. Durch die Vornahme des Leistungsgeschäftes haben der Leistende und der Leistungsempfänger sittlich verwerflich gehandelt. Jegliche Rückforderung des Geleisteten ist ausgeschlossen gemäß § 817 S. 2 BGB. 77
1.) a) Auch § 817 S. 2 BGB. gilt für alle Bereicherungsansprüche 77
b) Auch § 817 S. 2 BGB. will die Widersittlichkeit bestrafen 78
2.) Das Anwendungsgebiet des § 817 S. 2 BGB. ist in zweifacher Weise eingeschränkt 79
a) Durch das Gesetz selbst (§ 817 S. 2 Halbs. 2 BGB.) 79
b) Durch die Rechtsprechung 79
3.) a) § 817 S. 2 BGB. findet auch Anwendung gegenüber dem Vertretenen und gegenüber dem Rechtsnachfolger 80
b) Dem Konkursverwalter kann der Einwand des § 817 S. 2 BGB. nicht entgegengesetzt werden . . . 81

4.) a) Die Bestrafung eines verwerflich Handelnden des § 817 S. 2 BGB. bewirkt notwendig eine Bevorzugung des anderen verwerflich Handelnden . . 81

b) Das führt zu unbilligen Ergebnissen, namentlich bei der „Bordellhypothek" 81

III. Durch die Vornahme des Leistungsgeschäftes hat nur der Leistende verwerflich gehandelt. Der Leistende hat kein Rückforderungsrecht gemäß § 817 S. 2 BGB. (oder § 817 S. 2 analog) 88

1.) Die Möglichkeit der Anwendung des § 817 S. 2 BGB. ist bestritten 88

2.) Die Möglichkeit der Anwendung des § 817 S. 2 BGB. gewinnt insbesondere Bedeutung für die Leistung des Wucherers. Der Wucherer hat kein Rückforderungsrecht 91

IV. Rechtspolitik

1.) Die Vorschrift des § 817 S. 1 BGB. wird bestehen bleiben 93

2.) § 817 S. 2 BGB. wird aufgehoben werden. An die Stelle des Ausschlusses der Rückforderung des Geleisteten wird ein Einziehungsrecht des Staates treten . . 93

Verzeichnis der benutzten Schriften

Beyerle: In: Deutsches Recht 1933, 199.

Breyhan: Abstrakte Übereignung und Parteiwille in der Rechtsprechung. Leipzig 1929.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Tübingen 1900.

Dernburg: Pandekten II. Bd. 1892. 3. Aufl.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches u. Preußens. I. Bd. 1902. 1. Aufl.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens. II. Bd. 2. Abtlg. Halle 1915. 4. Aufl. (zit. Dernburg: Bürgerl. Recht I u. II, 2).

Dick: Verstoß gegen die guten Sitten in der gerichtlichen Praxis. Arch. bürg. Recht Bd. 33 S. 74 ff.

Dölle: Das bürgerliche Recht im nationalsozialistischen deutschen Staat. Ein Vortrag. Schmollers Jahrb. 57. Jahrg. 1933 Heft 5 S. 3 ff. (S. 649).

Eccius: Kondiktion des Wucherers nach Bürgerlichem Gesetzbuche. DJZ. 1903, 41 ff.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB. Bd. I. Berlin 1903.

Eichler: Kann der Wucherer nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche das dem Bewucherten Geleistete kondizieren? Diss. Leipzig 1908. (zit. Eichler: Diss.)

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. I. Bd. 1903.

Endemann: In: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 41, 521.

Enneccerus-Kipp u. Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
  I Enneccerus-Nipperdey, Einltg. Allg. Teil. Marburg 1931. 13. Aufl. (zit. Enneccerus-Nipperdey).
  II Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse. Marburg 1932. 12. Aufl. (zit. Enneccerus-Lehmann).

Erlanger: Der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 BGB. mit § 817 BGB. Erlanger Diss. Neustadt a/D. 1904. (zit. Erlanger: Der Gesetzeswiderspruch).

Fischer, H. A.: Die Rechtsmoral. BayZ. 1911, 145, 173.

Fischer, H. A.: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. München 1911. (Zit. Fischer: Rechtswidrigkeit).

Fischer: Der Wucherer hat kein Rückforderungsrecht. Recht 1917, 284 ff.

Förster: Veräußerung von Grundstücken mit Bordellbetrieb. Recht 1905, 356 ff.

Gierke: Recht und Sittlichkeit. Logos Bd. VI S. 211 ff.

Graff: Kann der Wucherer das von ihm Geleistete zurückverlangen? DJZ. 1908, 1102 ff.

Hagen: Die guten Sitten als Rechtsbegriff. Gruch. 52, 497 ff.

Heck: Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche. Arch. Ziv. Prax. 124, 1 ff.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930. (zit. Heck: Sachenrecht).

Heck: Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft. Tübingen 1937. (zit. Heck: Das abstrakte Geschäft).

Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln, eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen 1933.

Hellmann: Vorträge über das BGB. Allg. Teil. 1897.

Herzog: Zum Begriff der guten Sitten. Dresden 1910.

Hippel: In Zeitschr. d. Akademie f. deutsches Recht 1935 S. 512.

Hölder: Kommentar zum BGB. (Allgem. Teil). München 1900.
Hubernagel: NS-Rechtsauffassung und Generalklauseln i. NS-Handb. S. 971 ff.
Jacobi, Leonhard: Recht, Sitte u. Sittlichkeit. Iher. I. 41, 68 ff.
Jacoby: Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken. JW. 1912, 451 ff.
Jacoby, M. S.: Das Wuchergeschäft. Iher. I. 60, 229 ff.
Jung: In Zeitschr. d. Akademie f. deutsches Recht 1934, S. 183 ff.
Jung: NS-Handb. S. 60.
Kaiser: Justizreform? Juristenreform! Berlin 1933.
Kaufmann: Hat der Wucherer kein Rückforderungsrecht? Recht 1918, 119 ff.
Kipp, Th.: Die guten Sitten im Kriege. DIZ. 1916, 466 ff.
Krückmann: Das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und die Sittenwidrigkeit des Leistungsvertrages. BayZ. 1916, 273 ff.
Krückmann: Das Rückforderungsrecht des Wucherers. BayZ. 1915, 189 ff.
Krückmann: Unwürdigkeit. Arch. bürg. Recht 40, 41 ff.
Kohler: Die Ideale im Recht. Arch. bürg. Recht 5, 161 ff.
Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus u. bürgerl. Recht. Tüb. 1933.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. Hamburg 1934.
Lange: Abstraktes oder kausales dingliches Geschäft. DIZ. 1935, 485 ff.
Larenz: Vertrag und Unrecht.
1. Teil: Vertrag und Vertragsbruch 1936. (zit. Larenz I).
2. Teil: Die Haftung für Schaden u. Bereicherung 1937. (zit. Larenz II).
Laun: Recht und Sittlichkeit. Berlin 1935. 3. Aufl.
Lehmann, Kurt: Nachträgliches Unsittlichwerden von Verträgen. Jenaer Diss. 1934. (zit. Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden).
Lehmann, Heinr.: Allgemeiner Teil des BGB. 1933. 4. Aufl. Berlin und Leipzig. (zit. Lehmann: Allgem. Teil).
Lenel: Der 63. Band der Entscheidungen des RG. in Zivilsachen. DIZ. 1907, 454 ff.
Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des BGB. (Das Schuldrecht des BGB. II. Bd.) München u. Leipz. 1931. (zit. Leonhard: II).
Leonhard, Rud.: Der Verstoß gegen die guten Sitten. In Festschr. f. Bekker z. 16. 8. 1907 S. 87 ff.
Lotmar: Der unmoralische Vertrag insbes. nach gemeinem Recht. Leipzig 1896. (zit. Lotmar: Vertrag).
Lux: Das Rückforderungsrecht des Wucherers und die Nichtigkeitslehre. LZ. 1919, 561 ff.
Matthiessen: Zur Gültigkeit der Bordellhypothek. DIZ. 1907, 534 ff.
Matthiessen: Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken. JW. 1911, 923 ff.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903. (zit. v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch).
Mitteis: Zur Auslegung von BGB. § 138 Abs. 1 in Festschr. der Leipziger Juristenfakultät für Wach, München u. Leipzig 1918, S. 19 ff.
Neubecker: Die zivilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht (zugleich ein Beitrag zur Kondiktionenlehre). DIZ. 1902, 568 ff.
Neubecker: Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen. Arch. bürg. Recht 22, 34 ff.
Nicolai: Rasse und Recht. 1933.
Nipperdey: Die Grundrechte und Pflichten der Reichsverfassung. 1930.

Nissen: Bordellhypothek. Recht 1909, 211 ff.
Oertmann: Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde, DJZ. 1902, 105 ff.
Oertmann: Kommentar zum BGB. und seinen Nebengesetzen. 1. Buch. Allg. Teil 1927. 3. Aufl. 2. Buch 2. Abtlg. §§ 433—853. 1929. 5. Aufl. Berlin.
Philipp: Der Bordellverkauf. §§ 138, 817 BGB. BayZ. 1905, 382, 400, 420.
Planck: Kommentar zum BGB. I. Bd. Allg. Teil. 4. Aufl. Berlin 1913.
II. Bd. 2. Hälfte Recht der Schuldverh. §§ 433—853. 1928. 4. Aufl.
Raiser: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hamburg 1935. (zit. Raiser: Das Recht der AGB.).
Reichel: Die Bordellhypothek. 1907, 109 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, erläut. von Mitgliedern des Reichsgerichts. I. Bd. §§ 1—432. 8. Aufl. II. Bd. §§ 433—853. 7. u. 8. Aufl. (zit. RGRK.)
Riezler: Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen. München, Berlin und Leipzig 1921. (zit. Riezler: Das Rechtsgefühl).
Rumpf: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB. (Ein Beitrag zur Kritik des dinglichen Vertrages). Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff.
Siebert: Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht. NS-Handb. S. 960.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit. Jher. J. 70, 223 ff.
Singer: DJZ. 1933 Sp. 1269.
Schäfer: Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken. JW. 1912, 103.
Schmieder, Frieda: Der Konkursverwalter und § 817 BGB. Bonner Diss. 1937. (zit. Schmieder: Diss.)
Schreiber: Abhängigkeit des Erfüllungsgeschäftes vom obligatorischen Vertrage bei anfechtbaren und unsittlichen Rechtsgeschäften. Gruch. 52, 515.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. I. Bd. Allg. Teil, erl. von Riezler. 1936. 10. Auflage. II. Bd. 3. Teil §§ 631—853, erl. von Kober, Engelmann und Geiler. 1929. 9. Aufl.
Stoll: Vertrag und Unrecht. I. Halbbd. (zit. Stoll I).
II. Halbbd. (zit. Stoll II). Tübingen 1936.
Strohal: Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Jher. J. 27, 335 ff.
v. Tuhr: Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB. in Festschr. f. Schultze z. 70. Geburtstag. Leipzig 1903, S. 25 ff.
v. Tuhr: Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung in Festschr. f. Bekker z. 16. 8. 1907, 291 ff.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts.
1. Teil. Leipzig 1910. 2. Teil. München u. Leipzig 1914, 1918.
2 Halbbände (zit. v. Tuhr: II, 1 u. II 2).
v. Tuhr: Eigentumserwerb aus unsittlichem Vertrag. Arch. Ziv. Prax. 120, 1 ff.
Vogel: Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts. Leipziger Diss. Leipzig 1906 (zit. Vogel: Der Begriff).
Werneburg: Die Anwendbarkeit des § 139 BGB. auf Kausal- und Erfüllungsgeschäft bei Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, insbes. auf die Bordellverträge. ZBlFG. 18, 373 ff.
Werner: Bordellhypothek. Recht 1909, 103.
Witzmann: Kritik der neuen Vorschläge zur Abänderung des § 138. Jenaer Diss. Bad Salzungen 1935.

Zeitschriften und Entscheidungen

Arch. bürg. Recht	=	Archiv für bürgerliches Recht.
Arch. Ziv. Prax.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
BayZ.	=	Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
DJZ.	=	Deutsche Juristenzeitung.
Dtsch. Recht	=	Deutsches Recht. Zentralorgan des nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes.
Gruch.	=	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts begründet von Gruchot.
HRR.	=	Höchstrichterliche Rechtsprechung der Juristischen Rundschau.
Iher. J.	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
JW.	=	Juristische Wochenschrift.
KVJ.	=	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Logos	=	Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur.
Mot.	=	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. I und II (zit. Mot. I und Mot. II).
NS-Handb.	=	Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München 1935.
OLG.	=	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Prot.	=	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3 Bände (zit. Prot. I, Prot. II, Prot. III).
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG. Warn.	=	Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband 1908 ff. von 1919 ab Rechtsprechung des Reichsgerichts.
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Seuff. A.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Schmollers Jahrb.	=	Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche.
ZBlFG.	=	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsversteigerung.

Zu RGRK.: Als Absätze wurden nur die Absätze gezählt, die mit Fettdruck beginnen.

Einleitung

Eine Weltanschauung kann sich nicht auf die Regelung einzelner Lebenserscheinungen beschränken. Der Nationalsozialismus ist Weltanschauung. Er gestaltet daher alle Lebensgebiete des deutschen Volkes.

Ein Teil der Lebensordnung der Gemeinschaft des deutschen Volkes ist das Recht.

Tief ist die nationalsozialistische Erneuerung bereits in das Recht der hoheitlichen Akte, das sog. öffentliche Recht, eingedrungen.

Verhältnismäßig unbedeutend scheint dagegen die bisher erfolgte Umgestaltung des Rechts des volksgenössischen Zusammmenwirkens, des sog. Privatrechts, zu sein. Das zeigt ein Blick auf dessen Hauptkodifikation, ein Blick auf das Bürgerliche Gesetzbuch.

Daraus darf nicht der Schluß gezogen werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht der Umgestaltung bedürfe. Ausgangs des 19. Jahrhunderts entstanden, in Kraft getreten zur Jahrhundertwende, ist es eine Schöpfung einer vergangenen Epoche.

Es verkörpert den entarteten Freiheitsgedanken des Liberalismus[1]), es übersieht die Stellung der von seiner Regelung Betroffenen als Glieder einer höheren Gemeinschaft, es dient nur dem Nutzen der im Einzelfalle jeweils unmittelbar Beteiligten.[2])

Heute aber kann eine „gemeinschaftsfreie Individualsphäre"[3]) nicht mehr anerkannt werden, da stets beachtet werden muß, daß alle Rechtsgenossen Glieder der Volksgemeinschaft sind und das gesamte Recht beherrscht wird von dem Satze: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz."[4])

So kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch das Bürgerliche Gesetzbuch der gründlichen Umgestaltung bedarf. Ja, es erscheint fragwürdig, ob eine Umgestaltung einzelner oder mehrerer Bestimmungen den Anforderungen der Erneuerungsbewegung überhaupt gerecht zu werden vermag, ob nicht vielmehr eine die bisherige Ordnung völlig

---

1) Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht S. 1.
2) Dölle: Schmollers Jahrb. 1933, Heft 5, S. 4.
3) Siebert: NS.-Handb., S. 961.
4) Parteiprogramm der NSDAP Punkt 24 a. E.

ausschaltende Verfassung des Rechtes des volksgenössischen Zusammenwirkens erforderlich werden wird.[1])

Wie dem auch sei, wir stehen heute der Tatsache gegenüber, daß einerseits die g e s e t z t e Ordnung des Rechtes geschaffen wurde von Trägern einer uns fremd gewordenen Weltanschauung, daß andererseits das neue Rechtsdenken gebieterisch Beachtung bei jeder einzelnen Entscheidung verlangt.

Das scheint ein unlösbarer Widerspruch, nur zu umgehen, entweder durch Aufgabe des einen – des alten Gesetzes – oder durch Verzicht auf das andere – die Verwirklichung gewandelter Anschauung. Die letzte Möglichkeit kommt nicht in Betracht; das bedarf keiner Erörterung. So scheint die grundsätzliche Entbindung von der Treue zum Gesetz der einzig mögliche Weg zu nationalsozialistischer Rechtsgestaltung. Tatsächlich, eine zumindest gefährliche Lösung.

Aber der Widerspruch löst sich auch ohne dieses Opfer! Trotz Bindung an das Gesetz lassen sich auch heute schon Ergebnisse erzielen, die, wenn auch nicht immer als Ideallösung[2]) zu bezeichnen, doch in den weitaus meisten Fällen wenigstens mit der geforderten Rechtsanschauung vereinbar sind. Das Mittel zur Erreichung dieses Zieles ist die Auslegung der Bestimmung im nationalsozialistischen Sinne.

Vor allem ist es das Gesetz selbst, das dem Rechtswahrer eine schlagkräftige Waffe in die Hand gibt im Kampfe gegen liberalistisches Rechtsdenken: die Generalklausel.[3])

Die Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches (insbesondere die §§ 138, 157, 242, 826 BGB.) sind die „legalen Einfallspforten"[4]) des Nationalsozialismus, sind die „königlichen Paragraphen"[5]) die es dem Richter ermöglichen, stets seiner Rechtsanschauung Raum und Wirkung zu verleihen.[6])

Freilich ist die Handhabung dieser Waffe nicht leicht. Groß sind die Gefahren einer zu weitgehenden Anwendung dieser Bestimmungen. Davor hat Hedemann gewarnt und Verweichlichung[7]), Unsicherheit[8]) und Willkür[9]) als vernichtende Ergebnisse einer immer häufiger erfolgenden „Flucht in die Generalklauseln" gezeigt.

---

[1]) Dölle a. a. O. S. 12.
[2]) Sonst wäre ja eine Erneuerung überhaupt überflüssig.
[3]) Vgl. Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 44.
[4]) Lehmann: Allg. Teil, Vorwort z. 4. Aufl.
[5]) Hedemann: Die Flucht in die Generalklauseln, S. 6.
[6]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht, S. 44.
[7]) Hedemann a. a. O. S. 66 ff.
[8]) Hedemann a. a. O. S. 67 ff.
[9]) Hedemann a. a. O. S. 70 ff.

Die Gefahr einer zu oft erfolgenden Anwendung der Generalklauseln darf jedoch nicht davor abschrecken, da, wo es nötig ist, über die gesetzlichen „Einbruchsstellen“[1]) neue Stützen in das alte Rechtsgebäude einzuführen. Man kann einer solchen „Erneuerung“ nicht vorwerfen, sie sei nur notdürftige Reparatur des morsch Gewordenen, führe früher oder später zu umso größeren Schäden. Gerade die Generalklauseln vermögen das Gebäude des Rechts solange aufrechtzuerhalten, bis ein gründlicher Umbau oder aber ein Neubau nationalsozialistischer Gesetzgebung das neue Rechtsdenken, jedem auch äußerlich erkennbar, zum Siege führt. Bis dahin sind sie unerläßlicher Bestandteil im Kampfe für ein volkgemäßes Recht.

Eine der wichtigsten Generalklauseln ist § 138 BGB., der die Unwirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte, die den „guten Sitten“ widerstreiten, bestimmt. Vorliegende Arbeit will versuchen, einen Beitrag zur Lehre vom sittenwidrigen Rechtsgeschäft zu bieten. Es sollen der Oberfall des wider die „guten Sitten“ verstoßenden Rechtsgeschäfts (i. S. des § 138 Abs. 1 BGB.) und dessen gesetzlich hervorgehobener Sonderfall, der Wucher (i. S. des § 138 Abs. 2 BGB.), dargestellt werden. Darüber hinaus soll gezeigt werden, wie die durch den Abschluß eines solchen Rechtsgeschäftes gestörte Rechtsordnung antwortet, wenn die Parteien eines widersittlich zustande gekommenen Geschäfts unter Mißachtung der Nichtigkeit des Geschäfts Leistungen gegenseitig erbringen, zu denen sie sich wirksam nicht verpflichten konnten. Letzteres führt in die Problematik einer der umstrittensten Bestimmungen des BGB. überhaupt, in die Problematik des § 817 BGB.

Es erscheint gewagt, heute noch einmal in längerer Darlegung zu diesen — wenn auch überaus wichtigen — Fragen unserer Rechtsordnung Stellung zu nehmen. Ist doch die Literatur, die zur Erläuterung gerade dieser Rechtsgebiete erschien, fast unübersehbar umfangreich. Eine solche Arbeit ist immer der Gefahr ausgesetzt, nichts weiter als eine Zusammenstellung der Lehrmeinungen der maßgeblichsten Vertreter der Literatur zu werden. Wenn trotzdem im folgenden der Versuch unternommen wird, die Voraussetzungen einer nach § 138 Abs. 1 und 2 BGB. sich ergebenden Nichtigkeit zu prüfen, so darf die Berechtigung dazu aus dem oben Dargelegten hergeleitet und damit begründet werden, daß seit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus von verschiedenster Seite die Abänderung gerade des § 138 BGB. gefordert wurde, da die Interessen der Volksgemeinschaft

---

[1]) Lange a. a. O. S. 42.

trotz dieser Bestimmung nicht stark genug Berücksichtigung finden könnten.[1]) Es wird entsprechend dem oben Ausgeführten versucht werden zu beweisen, daß der § 138 BGB. heutiger Fassung dieser Forderung in vielen Fällen bereits gerecht zu werden vermag.

Die weiteren Ausführungen, die das Rechtsschicksal der Leistungen zum Gegenstand haben, sind nur die abschließende Fortführung der im Vorgehenden behandelten Probleme.

Auch sie gewinnen heute wieder besondere Bedeutung durch die unlängst vom Reichsgericht ausgesprochene Entscheidung[2]), daß der Wucherer die von ihm bewirkte Leistung nicht zurückfordern könne. Dieser besondere Fall der „Erfüllung" eines wegen Verstoßes wider die guten Sitten nichtigen Rechtsgeschäftes hat den seit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht zur Ruhe gekommenen Streit, wie weit das Anwendungsgebiet des § 817 BGB. reiche, und ob diese Bestimmung mit unserem heutigen Rechtsempfinden vereinbar sei, in voller Schärfe wieder entstehen lassen.

Es wird sich zeigen, daß dieses Gesetz — sofern man ihm überhaupt eine praktische Bedeutung beläßt — zu den „ungereimtesten Ergebnissen führt"[3]). Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, eine Neuregelung vorzuschlagen, die im Zuge künftiger Rechtsreform erlassen, verständlichere Entscheidungen zuließe.

Dagegen wird es nicht möglich sein, neue Wege einer Lösung für das geltende Recht zu finden; ist doch jede theoretisch auch nur denkbare Entscheidung in irgendeiner Form schon einmal vertreten worden. Hier kann es sich nur darum handeln, zwischen den verschiedenen Lehren abzuwägen und diejenige Lösung darzustellen, die bei Festhalten an dem nun einmal bestehenden Gesetze unausweichlich erscheint.

---

[1]) Vgl. insbes. Witzmann: Kritik, S. 23 ff.
[2]) RG. JW. 1936, 1955. = RGZ 151,70.
[3]) Dölle: a. a. O. S. 21.

Erstes Kapitel:

Das wegen Verstoßes „gegen die guten Sitten" nichtige Rechtsgeschäft

Vorbemerkung

Nicht nur das BGB. bestimmt, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Eine fast gleichlautende Vorschrift enthält Art. 152 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 11. August 1919 (sog. Weimarer Verfassung = WV.).

Art. 152 Abs. 2 WV. verbietet ferner den Wucher, ohne aber eine Begriffsbestimmung des Wuchers zu bringen. Es entstand Streit darüber, welche Wirkung die Aufnahme dieser Bestimmung in die damalige Reichsverfassung auf die Gültigkeit des § 138 Abs. 1 und 2 BGB. ausübe.

Im einzelnen sind folgende Lehrmeinungen zu unterscheiden: Anschütz[1]) und die bei Lehmann[2]) zitierten Gebhard und Giese halten die Vorschrift des Art. 152 Abs. 2 WV. für geltendes, aktuelles Recht. § 138 Abs. 1 und 2 BGB. seien demzufolge als ältere Gesetze aufgehoben. Ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft sei seit dem Inkrafttreten der WV. gemäß Art. 152 Abs. 2 S. 2 für nichtig zu erklären. Ferner sei der Richter in der Begriffsbestimmung des Wuchers nicht durch die vom BGB. in § 138 Abs. 2 getroffene Regelung beschränkt; er könne auch ein Geschäft als wucherisch bezeichnen und gemäß § 134 BGB. in Verb. mit Art. 152 Abs. 2 S. 1 WV. für nichtig erklären, das den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. nicht erfülle.

Einen vermittelnden Standpunkt nimmt Siber[3]) ein, der zwar die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB. für aufgehoben hält, der aber für den Wucher die Begriffsbestimmung des BGB. auch weiterhin Anwendung finden läßt, da Art. 152 Abs. 2 S. 1 WV. eine Definition des Wuchers nicht enthalte.

Weder Anschütz noch Siber kann gefolgt werden. Durch Art. 152 Abs. 2 WV. wurde § 138 Abs. 1 BGB. ebensowenig aufgehoben wie § 138 Abs. 2. Art. 152 Abs. 2 WV. ist vielmehr als Programmsatz zu betrachten. Das ergibt sich aus der systematischen Stellung der Bestimmung zwischen anderen Programmsätzen. Aber selbst wenn eine solche — durchaus mit dem Gesetz vereinbare — Auslegung der Ab-

---

1) Anschütz: Komm. z. RV. 1930 Art. 152 Bem. 2 S. 605.
2) Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden § 6 S. 10.
3) Siber: Die schuldrechtl. Vertragsfreiheit, Iher. J. 70, 225 Anm. 1.

sicht des Gesetzgebers zuwider wäre, könnte heute nicht anders entschieden werden: Die Absicht des Gesetzgebers bindet nicht, und nur die hier vertretene Lösung kann heute noch Sinn haben. Zu welch unmöglicher Lösung würde man sonst kommen, wenn die vom Führer am 30. Januar 1937 angekündigte Verfassung eine dem Art. 152 Abs. 2 WV. entsprechende Bestimmung nicht enthielte. Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft bliebe dann ungeregelt. Deshalb ist auch heute noch die Nichtigkeit von Geschäften, die gegen die guten Sitten verstoßen, auf § 138 Abs. 1 BGB. zu stützen, auch heute noch die Nichtigkeit — nicht nur die Begriffsbestimmung — wucherischer Geschäfte § 138 Abs. 2 BGB. zu entnehmen. Dafür hat sich auch der überwiegende Teil der Lehre ausgesprochen: u. a. Oertmann[1]), Stoll[2]), Lehmann[3]) und Staudinger[4]) (für das Wuchergeschäft, während die Streitfrage, soweit sie § 138 Abs. 1 BGB. betrifft, wegen der inhaltlichen Übereinstimmung des § 138 Abs. 1 mit Art. 152 Abs. 2 S. 2 WV. unbeantwortet bleibt[5]). Im fogenden wird daher die Bestimmung des Art. 152 Abs. 2 WV. unberücksichtigt bleiben.

§ 1.

Der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB.

I. Das Rechtsgeschäft muß gegen die guten Sitten verstoßen.

1.) Der § 138 Abs. 1 BGB. lautet: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig". Erste Voraussetzung für die Feststellung, wann ein Rechtsgeschäft den Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB. erfüllt, ist die Klärung der Frage: Was versteht das Gesetz unter „guten Sitten". Vergeblich suchen wir im Gesetze selbst eine ausdrückliche Erläuterung dieses Begriffes. Denn auch in den Paragraphen, die denselben Begriff enthalten: den §§ 817, 819 Abs. 2, 826 BGB. finden wir ebensowenig wie in Art. 30 EG. BGB. eine Bestimmung dessen, was „gute Sitten" bedeutet. Lediglich ein Beispiel des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts gibt das Gesetz in § 138 Abs. 2 BGB. Die nähere darüber hinausgehende Erläuterung des Begriffes „gute Sitten" hat der Gesetzgeber der Rechtswissenschaft und der gerichtlichen Praxis überlassen.

---

[1]) Oertmann: Komm. z. BGB. § 138 C 6 S. 505.
[2]) Stoll: bei Nipperdey, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Art. 152 S. 189.
[3]) Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden § 6 S. 10.
[4]) Staudinger: §138 I 1.
[5]) Staudinger: § 138 II 2.

2.) Der nächstliegende Weg, den Inhalt eines Gesetzesbegriffes zu erläutern, ist derjenige der wortgemäßen Auslegung des Gesetzestextes. Der deutschen Sprache ist das Wort „Sitte" der Inbegriff all jener Gewohnheiten, die innerhalb einer größeren oder kleineren Gemeinschaft tatsächlich in Übung sind.[1]) „Gute Sitte" [2]) bezeichnet die Gesamtheit jener Regeln, nach denen sich das äußere Verhalten der Menschen [3]) innerhalb der Gemeinschaft richten soll. Die „gute Sitte", vielfach auch „Sitte" schlechthin genannt [4]), ist also Ausdruck für eine Sollensordnung.

Noch zwei andere Ordnungen des Sollens unterscheidet der deutsche Sprachgebrauch: das Recht und die Sittlichkeit.

Es verwundert, daß das Bürgerliche Gesetzbuch gerade einen Verstoß gegen das Normengebiet der Sitte in § 138 Abs. 1 BGB. mit dem Rechtsnachteil der Nichtigkeit bedroht haben soll. Ist doch die Sitte jenes Gebiet, das vielfach ohne jegliche ethische Wertung [5]) den Menschen lediglich nach seinem äußeren Verhalten beurteilt.[6]) Die Erheblichkeit der Sitte erregt umso mehr Bedenken, als die Sitte örtlich und zeitlich in viel stärkerem Maße der Wandlung unterworfen ist [7]), als die beiden anderen Normengebiete, das Recht und die Sittlichkeit; das beweist schon die rein sprachliche Unterscheidung von Landes-, Standes-, Volks- und Ortssitte,[8]) eine Unterscheidung, die der Sittlichkeit fremd ist.

Es soll auf der anderen Seite nicht verkannt werden, daß die Sitte ihren Ursprung [9]) in der Sittlichkeit hat, und daß der Sitte eine nicht zu unterschätzende Macht innewohnt.

Tatsächlich wird auch mehrfach die Meinung vertreten, daß das Gesetz in § 138 BGB. Verstöße gegen die Sitte treffen wolle.[10])

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden.

3.) In dem Begriff „Verstoß gegen die guten Sitten" ist nicht eine Verweisung auf die Sitte zu erblicken; das Gesetz nimmt viel-

---

1) Jacobi: Iher. J. 41, 80 ff. § 2.
2) Jacobi: a. a. O.
3) Gierke: Logos 6 S. 229 ff. V.
4) Jacobi: a. a. O. S. 81.
5) Staudinger: § 138 I 2 a.
6) Gierke: a. a. O. S. 229.
7) Jacobi: a. a. O. S. 81.
8) Jacobi: a. a. O. S. 81.
9) Staudinger: § 138 I 2 a.
10) Leonhard: Festschr. f. Bekker S. 87 ff. insbes. S. 96, 106; Hagen: Gruch. 52, 497 ff. insbes. S. 512; Herzog: Zum Begriff der guten Sitten, Breslau 1910; Endemann: Lehrb. d. bürgerl. Rechts I. Bd. S. 602 ff.; Hölder: Komm. z. BGB. Allg. T. S. 304 ff.

mehr mit diesen Worten auf den ethischen Begriff „Sittlichkeit" Bezug.[1])

Nur diese Entscheidung kann begründet werden. Es hieße dem Gesetz den Vorwurf der Oberflächlichkeit machen, wollte man aus ihm ableiten, ein Rechtsgeschäft sei schon deshalb unwirksam, weil es einer von der Sittenordnung geforderten — ethisch vielleicht unerheblichen — Verhaltensnorm widerspreche. Nicht von einem mißbilligenswerten äußeren Verhalten darf der Rechtsnachteil der Nichtigkeit abhängig gemacht werden, sondern von einem moralisch verwerflichen Geschehen.

Nur das hier gefundene Ergebnis ist auch mit dem vom Gesetz gegebenen Beispielsfalle, mit der Vorschrift des § 138 Abs. 2 BGB. vereinbar. Derjenige, der es durch Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit seines Geschäftsgenossen erreicht, daß ihm dieser eine unverhältnismäßig große Gegenleistung verspricht oder gewährt, handelt gewiß der Sittenordnung zuwider. Aber nicht das begründet die Nichtigkeit des Geschäftes. Die in diesem Verhalten zum Ausdruck kommende Widersittlichkeit ist es, die die Rechtsordnung bestimmt, dem wucherischen Geschäft die Gültigkeit abzusprechen.

Die Meinung, daß das Gesetz in § 138 Abs. 1 BGB. auf die Sittlichkeit Bezug nehme, muß als durchaus herrschende Lehre bezeichnet werden.

So schreibt Larenz[2]) in seinem jüngst erschienenen Grundriß: „Unter den ‚guten Sitten' ist" nicht „die bloße Verkehrssitte ... zu verstehen, sondern die Beurteilung einer Handlung vom Standpunkt der ... sittlichen Anschauung".

Stoll[3]) und Lange[4]) stellen zwar an die Spitze der Erörterung des § 138 BGB. den Satz, daß „die Völker nach Sitten, nicht nach Gesetzen leben", sehen aber den Zweck der Bestimmung in der Gewährleistung der Einheit von Recht und Sittlichkeit[5]), lassen Sitte nur soweit Sitte sein, als sie sittlich ist.[6])

„‚Gute Sitten' sind in Wahrheit ein ethischer Begriff", lehrt auch Gierke[7]), und die gleiche Ansicht wird in den führenden Lehr-

---

1) Staudinger: a. a. O.
2) Larenz: I S. 81 4.
3) Stoll: I S. 66 III 1.
4) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 45.
5) Stoll: a. a. O.
6) Lange: a. a. O.
7) Gierke: Logos Bd. VI S. 213.

büchern[1]), in den bekannten Erläuterungsbüchern zum BGB.[2]) und in zahlreichen Einzelschriften vertreten.[3])

4.) Die Feststellung, daß die Rechtsordnung in § 138 Abs. 1 BGB. auf die Sittlichkeit verweist, macht es notwendig, Recht und Sittlichkeit auf ihr Verhältnis zueinander zu prüfen. Denn erst dann, wenn man sich darüber klar geworden ist, inwieweit es überhaupt möglich ist, und inwieweit es erwünscht ist, daß die Rechtsordnung sittliche Forderungen in sich aufnehme, wird die Abgrenzung des Anwendungsbereiches des § 138 Abs. 1 BGB. gelingen. Es erscheint als Forderung der nationalsozialistischen Weltanschauung, daß Recht und Sittlichkeit eine Einheit bilden. An erster Stelle ist hier das Führerwort zu nennen: „Der totale Staat wird keinen Unterschied dulden zwischen Recht und Moral" [4]) In gleichem Sinne äußern sich Beyerle[5]) Siebert[6]), Lange[7]) und Stoll.[8])

Auf Grund rechtsphilosophischer Betrachtung — auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, um den Umfang der Arbeit nicht übergebührlich auszudehnen — kommt Laun[9]) zu der Schlußfolgerung, daß Recht und Sittlichkeit eine Einheit bilden, wobei er allerdings das Recht als „Gefühlsrecht"[9]) in Gegensatz stellt zu dem gesetzten Recht, dem „Gewaltrecht".[9])

Andere Schriftsteller behaupten, zwischen Recht und Sittlichkeit bestehe ein wesensgemäßer Unterschied. Sie erläutern das Verhältnis

---

1) z. B. Lehmann: Allg. Teil S. 189; Enneccerus-Nipperdey § 178 I; v. Tuhr II, 2 S. 22.

2) z. B. Staudinger: § 138 I 2 a; Planck-Flad: § 138 I 1 a; Oertmann: § 138 I 1 a.

3) Kohler: Arch. bürg. Recht 5, 161/62 § 1; Dick: Arch. bürg. Recht 33,75 ff. § 2 S. 80, § 8 S. 100; Jacobi: Iher. J. 41,95 ff. § 4 III; v. Mayr: Bereicherungsanspruch S. 568; Vogel: Der Begriff S. 14; Jung: Die rechtl. Wirkung der Befolgung sittlicher Pflichten in RG.-Festschr. 1929 Bd. II S. 25 ff; Rümelin: Festg. f. Haering S. 5.
Der Vollständigkeit halber sei auch die Ansicht v. Fischer: BayZ. 1911, 145 u. Rechtswidrigkeit S. 72 erwähnt: „Die guten Sitten im Rechtssinne gehören nicht restlos einem der drei großen Gebiete Sitte, Sittlichkeit u. Recht an. Gute Sitten liegen auf dem Grenzgebiet zwischen Recht u. Moral. In ihnen verkörpert sich die Rechtsmoral". „Der Begriff 'gegen die guten Sitten' ist enger als der des Unmoralischen, jedoch ist der Begriff nicht ohne ethischen Hintergrund zu erklären".

4) Der Führer auf dem NS-Juristentag 1933, zit. b. Siebert: NS-Handb. S. 960.

5) Beyerle: Dtsch. Recht 1933, 199.

6) Siebert: a. a. O.

7) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 46.

8) Stoll: I S. 66 III 1.

9) Laun: Recht u. Sittlichkeit, S. 15, 14, 9.

von Recht und Sittlichkeit am Bilde zweier sich in einer Ebene schneidender Kreise [1])

Fischer sieht im Rechte „nichts anderes als das ethische Minimum" [2]). Die gleiche Ansicht vertritt neuerdings Jung [3]).

Man wird, um diesem Widerstreit der Meinungen Verständnis entgegenbringen zu können, einen grundsätzlichen Unterschied machen müssen, einmal zwischen noch geltendem Gesetzesrecht und dem Rechte, das eine nationalsozialistische Rechtsreform als Ideal eines volksgemäßen Rechtes zu schaffen gedenkt; man wird einen Unterschied machen müssen zum anderen, zwischen dem, was die Sittlichkeit gebietet und dem, was sie verbietet.

Daß das ius latum mit der Sittlichkeit in Konflikt geraten kann, kann nicht bestritten werden. Es bedürfte sonst keiner Rechtsreform.

Aber auch eine nationalsozialistische Rechtsreform wird Sittlichkeit und Recht nicht zu einer vollkommenen Einheit verschmelzen können. Zwar wird es völkischem Rechtsdenken entsprechen, daß die Verbote der im Volke verankerten Sittlichkeitsordnung auch im Gesetze ihren Niederschlag finden, ja das Gesetz wird darüber hinaus in weitgehendem Maße das Sittliche gebieten.[4])

Niemals aber wird eine Rechtsordnung die Gebote der Sittlichkeit in ihrer Gesamtheit in sich aufnehmen können. Insoweit wird stets ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Gebieten bestehen.

Gerade die sittlich besten Handlungen sind solche, die ohne jeglichen Rechtszwang erfolgen; gerade der sittlich hochstehende Volksgenosse wird den Dienst für seine Gemeinschaft nicht in der Befolgung des rechtlich Gebotenen erschöpfen. Ein kurzes Beispiel möge das erläutern: Der Staat wird immer auf gewisse Abgaben der Volksgenossen angewiesen sein. Die Höhe dieser Abgaben wird vom Gesetz festgelegt. Stets aber wird es gemeinschaftsbewußte, verantwortungsvolle Volksgenossen geben, die zur Erreichung eines besonderen, der Volksgemeinschaft dienlichen Zweckes sich besondere Opfer auferlegen, Opfer, die eine Rechtsordnung nie fordern kann. Man könnte einwenden, daß zu diesen Opfern auch keine sittliche Verpflichtung besteht, daß sie vielmehr vollkommen freiwillig erfolgen. Dem kann

---

1) Gierke: Logos 6, 232 ff. VI; Jacobi: Iher. J. 41, 82, § 2 a. E.; Hippel: Ztschr. d. Akademie f. dtsch. Recht 1935 S. 512; Riezler: Das Rechtsgefühl S. 77.
2) Fischer: Rechtswidrigkeit S. 77.
3) Jung: NS-Handb. S. 60.
4) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 46.

nur bedingt zugestimmt werden. In vielen Fällen wird ein solches Opfer einem s i t t l i c h e n Gebot zufolge erbracht werden.

Folgt man diesem Gedankengang, dann löst sich der dargelegte Konflikt der Meinungen von selbst. Es wird kein Unterschied bestehen zwischen sittlich und rechtlich V e r botenem. Was jedoch die G e bote anbelangt, so werden sich Sittlichkeit und Recht zwar weitestgehend decken, aber es wird stets ein Gebiet bleiben, das ausschließlich der Sittlichkeit vorbehalten ist, wie es anderseits auch stets rechtliche Gebote geben wird, die ethisch indifferent sind. (Man denke z. B. an gewisse Fristvorschriften [1]).

Insofern läßt sich das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit als zwei sich schneidende Kreise darstellen, insofern wird das Recht stets das ethische Minimum fordern. Unter diesem Blickpunkt endlich gewinnt die Unterscheidung Gierkes [2]) Bedeutung, wonach der im Wesen des Rechts und im Wesen der Sittlichkeit begründete Unterschied darin liege, daß das Recht die Idee des Gerechten, die Sittlichkeit die Idee des Guten zu verwirklichen bestimmt sei. Einig werden das Gerechte und das Gute sein in dem, was sie verbieten. Überschneiden werden sich ihre Forderungen in dem, was sie gebieten.

Das hier Vorgetragene will keine Antwort geben auf die Frage, welche sittlichen Anschauungen für die Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB. maßgeblich sind. Die Erörterung dieses Problems soll weiter unten erfolgen.

II. Das R e c h t s g e s c h ä f t muß gegen die guten Sitten verstoßen.

1.) Die Anwendbarkeit des § 138 BGB. setzt voraus, daß das R e c h t s g e s c h ä f t gegen die guten Sitten verstößt.

Das bedeutet: ein Rechtsgeschäft ist nur dann gemäß § 138 Abs. 1 BGB. nichtig, wenn eine bestimmte Beziehung zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Verstoße gegen die „guten Sitten" besteht.

Nach dem Vorgange Lotmars [3]) wird die Frage, welcher Art diese Beziehung sein muß, als „Rechtsfrage" bezeichnet. Lotmar [4]) selbst (der nur den unmoralischen Vertrag untersucht hat) formuliert die Rechtsfrage dahingehend, daß festgestellt werden müsse, „ob ein gewisses Verhältnis des Vertrages zur Moral vorhanden sei, bei welchem ein Verstoß gegen die guten Sitten dem Rechte nach möglich sei."

---

[1]) Beispiel von Riezler: Das Rechtsgefühl S. 57 ff.
[2]) Gierke: Logos 6,244 ff. VII.
[3]) Lotmar: Der unmoralische Vertrag.
[4]) Lotmar: a. a. O. S. 68 ff.

Die Beantwortung dieser Frage erfolgt nicht einheitlich. Insbesondere streitet man darüber, ob die Widersittlichkeit stets eine objektive, im Geschäft selbst enthaltene sein müsse, oder ob auch ein subjektiver, in der Gesinnung der Geschäftsbeteiligten zum Ausdruck kommender Verstoß „gegen die guten Sitten" erforderlich oder gar ausreichend sei.

Lotmar [1]) kommt für das gemeine Recht zu dem Ergebnis, daß die Unmoralität nur dann rechtlich erheblich sei, wenn sie objektiv, im Geschäft selbst zum Ausdruck komme.

Auf die Vorschrift des § 138 Abs. 1 BGB. glaubt er seine Theorie jedoch nicht anwenden zu können, da § 138 Abs. 1 BGB. eine Erweiterung des entsprechenden gemeinrechtlichen Prinzips enthalte.[2])

Trotzdem wird auch für das BGB. die Lehre Lotmars von vielen übernommen.[3])

2.) Einen vermittelnden Standpunkt nimmt das Reichsgericht ein. Es vertritt die Ansicht, daß sich ein Verstoß gegen die guten Sitten, damit § 138 BGB. Anwendung finden könne, zwar „wesentlich in dem objektiven Inhalte [4]) des Geschäfts" [5]) darstellen müsse, daß jedoch die subjektive Seite in keinem Falle unbeachtet bleiben dürfe. Zwar sei es nicht nötig, daß sich der Handelnde der Sittenwidrigkeit seines Tuns bewußt sei, doch werde er regelmäßig sich derjenigen Tatumstände bewußt gewesen sein müssen, die seiner Handlung den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken [6]). Zur Begründung seiner Ansicht kann sich das Reichsgericht auf die Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 1 BGB. berufen. Während die I. Kommission [7]) lediglich einen objektiven, im Inhalt des Geschäftes selbst zum Ausdruck kommenden Sittenverstoß als Nichtigkeitsgrund anerkennen wollte, war die II. Kommission der Meinung [8]), daß auch die Gesinnung der Geschäftsbeteiligten berücksichtigt werden müsse. Aus diesem Grunde wurde in § 106 E. I das Wort „Inhalt" gestrichen, sodaß § 103 E. II die Fassung des heutigen § 138 Abs. 1 BGB. erhielt.

[1]) Lotmar: a. a. O. S. 76.
[2]) Lotmar: a. a. O. S. 79/80.
[3]) z. B. von Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. I, Tübingen 1900 S. 374; Eck: Vorträge über das Recht des BGB. Bd. I, Berlin 1903 S. 127; Endemann in KrVJ. Bd. 41 S. 521; Vogel: Der Begriff S. 53 (bei diesem S. 37 auch weitere Angaben).
[4]) Unter Inhalt ist nur das unmittelbar in den Willenserklärungen des Geschäftes Niedergelegte zu verstehen.
[5]) RGRK. § 138 Erl. 1.
[6]) RGRK. a. a. O.; RGZ. 97,255; 120,144; 136,240; 143,51; so auch Enneccerus-Nipperdey § 178 I 3.
[7]) Mot. I S. 211.
[8]) Prot. I, 123.

Das Erfordernis, daß sich die Sittenwidrigkeit aus den objektiven und subjektiven Momenten zusammen[1]) ergeben müsse, bringt das Reichsgericht mit folgender, in ständiger Rechtsprechung wiederkehrender Formel zum Ausdruck: „Die Erfüllung des Tatbestandes des Abs. 1" setze voraus, „daß das Rechtsgeschäft sich nach seinem erhellenden Gesamtcharakter aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck als ein sittenwidriges" darstelle.[2])

Das Reichsgericht geht in der Berücksichtigung subjektiver Widersittlichkeit teilweise jedoch noch sehr viel weiter, als es nach der von ihm geprägten Formel den Anschein hat. Obwohl es wiederholt entschieden hat, „daß allein durch verwerfliche sittenwidrige Beweggründe das Rechtsgeschäft überhaupt noch nicht einen wider die guten Sitten verstoßenden Inhalt" erhalte[3]) — eine Feststellung, die zweifellos richtig ist —, erklärt es Rechtsgeschäfte für nichtig, die bei ethisch indifferentem Inhalt[4]) lediglich einen subjektiven, in den Beweggründen der Geschäftsparteien zutage tretenden Verstoß gegen die Sittlichkeit enthalten.

So hat das Reichsgericht in dem Urteil JW. 1910 S. 6 Nr. 6 entschieden, die Aussetzung eines Vermächtnisses sei nichtig, weil die mit Vornahme jenes Geschäftes verfolgte Absicht des Erblassers darauf gerichtet gewesen sei, die Bedachte zur weiteren Gestattung des Beischlafs geneigt zu machen.

Die Aussetzung eines Vermächtnisses war — jedenfalls nach damaliger Auffassung — etwas ethisch Indifferentes, sofern der Vermächtnis*gegenstand* nicht schon den Makel der Unsittlichkeit in sich selbst trug. Lediglich die unlautere Gesinnung der Beteiligten veranlaßte das Reichsgericht zur Nichtigerklärung. Gleiche Gesichtspunkte waren für die Entscheidung RGZ. 111, 151 maßgebend.[5]) Die Beispiele ließen sich noch vermehren.[6])

Es ist also unrichtig, wenn der Reichsgerichträte-Kommentar behauptet, das Reichsgericht erkläre ein Rechtsgeschäft nur dann gemäß § 138 Abs. 1 BGB. für nichtig, wenn sich die Widersittlichkeit aus der Zusammenfassung subjektiver *und* objektiver Momente ergebe. Sind

---

[1]) RGRK. § 138 Erl. 1; RGZ. 63, 150; 68, 98; 107, 72; 150, 1; RGWarn. 1921 Nr. 89; RGJW. 1935, 279.

[2]) RGRK. a. a. O.; RGZ. 56, 231; 63, 346; 75, 74; 78, 263; 80, 221; 150,1; 152, 254; 154, 103; RGJW. 1935, 279.

[3]) RGRK. a. a. O.; RGZ. 63, 346; 68, 99; 71, 173; RGWarn. 1918 Nr. 200; RGZ. 154, 103; so auch Enneccerus-Nipperdey § 178 II 1.

[4]) siehe Fußnote 4 S. 14.

[5]) RGRK. zu § 138 Erl. 1 A a.

[6]) Vgl. die bei RGRK. a. a. O. zit. Entscheidungen.

die Beweggründe sämtlicher Beteiligter auf die Erreichung des gleichen widersittlichen Zweckes gerichtet, so läßt unser höchster Gerichtshof auch eine subjektive Unsittlichkeit genügen, um einen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. für gegeben zu erachten.

3.) Die Anschauung des Reichsgerichts hat sich in sämtlichen Punkten weitgehend durchgesetzt. Fast sämtliche Lehrbücher und Kommentare und ebenso zahlreiche Abhandlungen zitieren widerspruchslos die vom Reichsgericht geprägte Formel. Beispielsweise seien genannt: Larenz [1]), Stoll [2]), Lehmann [3]) und Staudinger [4]) als Lehrer bzw. Kommentatoren; Philipp [5]), Matthiessen [6]), Schäfer [7]) und Jacoby [8]) als Verfasser rechtswissenschaftlicher Studien.

Nicht so zahlreich ist die Gefolgschaft, die das Reichsgericht für jene Entscheidungen gefunden hat, die lediglich subjektive Unsittlichkeit zur Nichtigerklärung ausreichen lassen. Teilweise wird dieser — vom Reichsgericht selbst bestrittene — Grundsatz jedoch ausdrücklich anerkannt: Stoll [9]) erachtet die subjektive Widersittlichkeit für ausreichend, wenn die Beweggründe des Geschäftes dem Gemeinwohl widerstreiten. Lehmann [10]) zitiert u. a. die Entscheidung RGZ. 111, 152 als Beispiel dafür, daß ein Geschäft schon dann widersittlich sei, wenn es „auf einen sittenwidrigen Erfolg oder auf die Förderung eines unsittlichen Verhaltens oder Erfolges“ gerichtet sei. Das bedeutet aber nichts anderes als die Anerkennung der Erheblichkeit bloß subjektiver Widersittlichkeit, obgleich Lehmann kurz vorher [11]) feststellt, daß das Vorliegen verwerflicher Gesinnung allein zur Begründung der Nichtigkeit dann nicht ausreiche, wenn die unsittlichen Beweggründe „keine unsittliche Gestaltung des Inhalts zur Folge“ hätten.

Larenz [12]) spricht ausdrücklich aus, daß ein Rechtsgeschäft auch dann nichtig sei, „wenn zwar der Inhalt des Geschäfts, für sich selbst genommen, sittlich neutral“ sei, „der Zweck des Geschäftes und die für

---

[1]) Larenz: I S. 82 mit RGZ. 114, 340.
[2]) Stoll: I S. 66 III 2.
[3]) Lehmann: Allg. Teil S. 190 2 m. RGZ. 86, 148; 107, 210.
[4]) Staudinger: § 138 I 3.
[5]) Philipp: BayZ. 1905, 383 ff. Z. 2.
[6]) Matthiessen: JW. 1911, 923.
[7]) Schäfer: JW. 1912, 103.
[8]) Jacoby: JW. 1912, 451.
[9]) Stoll I S. 67 III 2.
[10]) Lehmann: Allg. Teil S. 191 3 a.
[11]) Lehmann: a. a. O. S. 191 oben.
[12]) Larenz I S. 82.

die Parteien maßgebenden Beweggründe aber ihr Verhalten als unsittlich erscheinen" ließen.

Auch Neubecker[1]) ist der Ansicht, „daß nach BGB. die Motive einem Geschäft den Charakter der Unsittlichkeit verleihen" könnten.

Staudinger[2]) endlich lehrt, daß „die Sittenwidrigkeit der Beweggründe allein die Nichtigkeit des aus diesen Beweggründen vorgenommenen Rechtsgeschäfts nicht notwendig nach sich" ziehe.

Zum Verständnis dieser — zunächst sicher verblüffenden — Vielzahl der Verfechter der weitgehenden Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB. bedarf es noch eines kurzen Hinweises.

Die Nichtigkeit auf Grund widersittlicher Beweggründe allein hat — nach Ansicht der Vorgenannten — stets zur Voraussetzung, daß die Beweggründe sämtlicher Geschäftsbeteiligten die gleichen sind. Nicht genügt verwerfliche Gesinnung selbst aller Geschäftsbeteiligten, wenn nicht das mit Vornahme des Rechtsgeschäfts erstrebte Endziel das gleiche ist.[3])

Die Berechtigung der trotz dieser Einschränkung recht ausgedehnten Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. wird von einem nicht unerheblichen Teil der Theorie bestritten.

In keinem Falle — so heißt es — könne ein Geschäft, dessen Inhalt ethisch indifferent sei, wegen Verstoßes gegen die Sittlichkeit für nichtig erklärt werden; stets müsse sich die Widersittlichkeit des „Rechtsgeschäftes" aus objektiven und subjektiven Merkmalen zusammen ergeben.[4])

4.) a) Man wird der herrschenden Ansicht, die stets eine Berücksichtigung der Gesinnung und der Beweggründe der Geschäftsparteien fordert, grundsätzlich zustimmen müssen.

Denn nicht nur dann, wenn der „Inhalt des Rechtsgeschäftes" — wie dies § 106 E. I vorsah — gegen die guten Sitten verstößt, ist ein Rechtsgeschäft nichtig. Die Fassung des § 138 Abs. 1 BGB. verlangt vielmehr, daß der gesamte Tatbestand[5]) eines Rechtsgeschäftes — mit allen aus dem Rechtsverhältnis fließenden rechtlichen Wir-

---

1) Neubecker: Arch. bürg. Recht 22, 69 ff. § 3.
2) Staudinger § 138 I 3 a; vgl. ferner Witzmann: Kritik S. 13.
3) Vgl. statt aller Lehmann S. 190 a. E. S. 191 oben. Nur solche, der Außenwelt und insbes. dem Geschäftsgegner verborgene Widersittlichkeit der „inneren" Beweggründe scheint Lehmann als „subjektiv unsittlich" zu bezeichnen.
4) Philipp: BayZ. 1905, 383 ff. Z. 2; Dick: Arch. bürg. Recht 33, 75 ff. § 1 S. 77; Fischer: BayZ. 1911, 175 ff. Z. 3; vgl. auch Jacoby: JW. 1912, 451 ff.; Matthiessen: JW. 1911, 923 ff.; Werneburg: ZBlFG. 18, 374 ff.
5) Vgl. Lehmann: Allg. Teil S. 138 § 24 III a. E.

kungen [1]) — der Prüfung unterzogen wird, ob er mit der Sittlichkeit vereinbar sei. Eine solche Wertung wird aber in zahlreichen Fällen nicht möglich sein ohne Berücksichtigung der Beweggründe, die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts maßgebend waren. Das bedeutet nicht die Beseitigung der — rechtstechnisch notwendigen — Trennung von Beweggrund und Rechtsgeschäft. Denn auch wenn die Beweggründe berücksichtigt werden, kann eine Nichtigkeit nur auf die Widersittlichkeit des Rechtsgeschäfts, nicht der Beweggründe gestützt werden. Aber vielfach ist die Widersittlichkeit des Geschäfts erst erkennbar bei Beleuchtung der Beweggründe.

Man wird sogar anerkennen müssen, daß ein Rechtsgeschäft trotz ethisch indifferenten Inhaltes dann eine der Sittlichkeit widerstreitende Wirkung entfaltet, wenn alle Geschäftsbeteiligten davon Kenntnis haben, daß die Vornahme jenes Geschäftes die Erreichung eines unsittlichen Erfolges bezweckt.

Es kann in solchen Fällen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht auf den rein formalen Grund gestützt werden dürfen, daß der unsittliche Erfolg sich nicht im Inhalt äußere. Rechtskundigen Personen wäre sonst die Umgehung des § 138 Abs. 1 BGB. gar zu leicht gemacht.

b) Auf der anderen Seite muß es Bedenken unterliegen, für die Anwendbarkeit des § 138 Abs. 1 BGB. stets eine subjektive Unsittlichkeit der Parteien auch dann zu fordern, wenn schon der Inhalt des Rechtsgeschäfts objektiv der Sittlichkeit widerstreitet.[2]) Es gibt Rechtsgeschäfte, die den Interessen der Volksgemeinschaft entgegengesetzt sind, die aber einen subjektiven Verstoß gegen die Sittlichkeit nicht enthalten. Witzmann [3]) nennt diese Fälle „ungeschützte Fälle". Er verweist insbesondere auf den vom Reichsgericht in RGZ. 77, 419 entschiedenen Fall. Hier hatte ein fremdstämmiger deutscher Staatsangehöriger bei der Veräußerung eines in Deutschland gelegenen Grundstückes an einen ebenfalls fremdstämmigen deutschen Staatsangehörigen sich eine Vertragsstrafe ausbedungen für den Fall, daß bei einer eventl. Weiterveräußerung das Grundstück nicht wieder an einen Fremdstämmigen veräußert werde. Das Reichsgericht hatte in diesem Falle die Sittenwidrigkeit verneint. Auch Witzmann [4]) — davon ausgehend, die Vertragschließenden seien Ausländer gewesen —

[1]) Vgl. Stoll I S. 174; Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden § 5 mit Enneccerus-Nipperdey § 136 Anm. 27.
[2]) So Fischer: BayZ. 1911, 175 gegen Oertmann u. Hölder.
[3]) Witzmann: Kritik S. 23 ff.
[4]) Witzmann: a. a. O. S. 24/5.

glaubt, daß der § 138 Abs. 1 BGB. geltender Fassung nicht ausreiche, ein solches Rechtsgeschäft für nichtig zu erklären. Denn „die Achtung vor dem nationalen Denken eines anderen Volkes" verbiete es, „solche Geschäfte, bei denen der Ausländer gleichzeitig die Interessen seines eigenen Staates" verfolge, als sittenwidrig zu bezeichnen.[1])

Witzmann[2]) schlägt deshalb vor, als § 134 a in das BGB. einzuschieben: „Rechtsgeschäfte, die gegen die Belange des deutschen Volkes verstoßen, sind nichtig". Andere Schriftsteller gehen anscheinend von denselben Erwägungen aus wie Witzmann. Auch sie gelangen dazu, daß § 138 Abs. 1 BGB. geändert oder ergänzt werden müsse.

Kaiser[3]) fordert, zwischen die bisherigen Absätze 1 und 2 des § 138 als neuen Absatz einzuschieben: „Gegen die guten Sitten verstößt ein Rechtsgeschäft immer dann, wenn es die Interessen des Volksganzen schädigt. Eine solche Schädigung liegt insbesondere vor, wenn bei Abschluß des Rechtsgeschäftes der Gläubiger erkennen müßte, daß der Schuldner durch das Versprechen der Leistung seine Existenz gefährdet."

Nicolai wünscht, daß dem Begriff der guten Sitten „ein prägnanterer und sozialistisch nationalerer Sinn gegeben werde, als ihn die Gerichte bisher im liberalen Geiste gefaßt haben". Ein Rechtsgeschäft könne nicht gültig sein, „wenn es gegen die Interessen von Volk und Staat" verstoße[4]). Deshalb sei etwa folgender Satz in § 138 aufzunehmen[5]): „Gegen die guten Sitten verstößt es, wenn durch den Abschluß oder den Inhalt eines Rechtsgeschäfts die deutsche Ehrauffassung, das deutsche Anstandsgefühl oder das Gemeinwohl des deutschen Volkes verletzt wird".

Eine Abänderung des § 138 Abs. 1 BGB. ist nicht erfolgt. Sollte wirklich auch heute noch ein Rechtsgeschäft als gültig bezeichnet werden, daß zwar gegen die Interessen der Volksgemeinschaft verstößt, im einzelnen Falle aber keinen subjektiven Verstoß gegen die Sittlichkeit enthält? Das könnte wenig befriedigen. Es ist auch nicht nötig, wenn man sich dazu entschließt, einen objektiven Verstoß gegen die Interessen der Volksgemeinschaft auf jeden Fall als Verstoß gegen die Sittlichkeit zu bezeichnen, auch wenn — ausnahmsweise — eine verwerfliche Gesinnung der Geschäftsgenossen nicht festzustellen ist. Daß dies richtig

---

1) Witzmann: a. a. O. S. 23.
2) Witzmann: a. a. O. S. 40.
3) Kaiser: Justizreform? Juristenreform S. 30.
4) Nicolai: Rasse u. Recht S. 50 ff.
5) Nicolai zit. b. v. Heydebrand u. der Lasa: Dtsch. Rechtserneuerung aus dem Geiste des Nationalsozialismus S. 126.

ist, hat wohl schon stets Enneccerus (Nipperdey) vertreten, als er schrieb, „daß auf dem Boden der bestehenden Rechts-, Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung gesunde soziale und wirtschaftliche Zustände herrschen müssen und somit Geschäfte, die mit ihnen unvereinbar sind, keine rechtliche Anerkennung finden können.“ [1])

Auch Dölle [2]) ist wohl nicht der Ansicht, daß die Fassung des § 138 Abs. 1 BGB. zu eng sei, um solche Rechtsgeschäfte als nichtig zu bezeichnen. Lediglich, „um jede Ungewißheit auszuschließen“, schlägt er vor, den Abs. 1 des § 138 BGB. durch den Satz zu ergänzen: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, welches das Gemeinwohl offenbar schädigt“. Selbstverständlich erscheint es Siebert [3]), daß „heute ein Rechtsgeschäft, das seinem Inhalt nach gemeinschädlich ist, stets wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist“ (§ 138 BGB.), und Riezler [4]) bemerkt zu den Abänderungsvorschlägen, daß „schon im Rahmen des bisherigen § 138 ... man der sehr wohl vertretbaren Meinung“ sein kann, „daß Rechtsgeschäfte, durch welche das Gemeinwohl geschädigt wird, gegen die ‚guten Sitten‘ verstoßen“.

Bei Weiterführung dieser Gedanken entstehen Zweifel, inwieweit Gesinnung und Beweggrund überhaupt geeignet erscheinen, ein Rechtsgeschäft von dem Makel eines objektiv widersittlichen Inhaltes zu reinigen. Dies wird nicht schon dann der Fall sein, wenn die Beweggründe eine verwerfliche Gesinnung nicht erkennen lassen. Ein solches Rechtsgeschäft wird vielmehr nur dann gültig sein, wenn sich aus den Beweggründen der Parteien ergibt, daß der Inhalt des Rechtsgeschäfts nur scheinbar der Sittlichkeit widerstreitet, weil der Inhalt die mit Vornahme jenes Geschäftes verfolgten Zwecke in keiner Weise erkennen läßt. So scheint der Inhalt der Vereinbarung, wonach das Unterlassen eines Strafantrages von einer Gegenleistung abhängig gemacht wird, stets der Sittlichkeit zu widerstreiten. Das Rechtsgeschäft als Gesamttatbestand verstößt aber, zumindest bei geringfügigem Verschulden des straffällig Gewordenen, dann nicht gegen die Moral, wenn aus den Beweggründen der Parteien zu entnehmen ist, daß die Gegenleistung lediglich den Ersatz des durch die Straftat verursachten Schadens bezweckt.[5]) Solche Geschäfte sind nicht als Scheingeschäfte i. S. des § 117 BGB. zu betrachten. Das, was in den Willenserklärungen

---

[1]) Enneccerus-Nipperdey § 178 I S. 579/80.
[2]) Dölle: Schmollers Jahrb. Heft 5 S. 13.
[3]) Siebert: NS-Handb. S. 966.
[4]) (Staudinger-)Riezler: § 138 I 1.
[5]) Vgl. Lehmann: Allg. Teil § 24 IV S. 192 a. E.; RGRK. § 138 Erl. 1 B zu a mit RG. Warn. 1910 Nr. 370.

niedergelegt ist, ist wirklich gewollt. Daß der mit Vornahme eines Rechtsgeschäftes erstrebte Zweck in das Rechtsgeschäft aufgenommen werde, ist nicht erforderlich, und der nicht in das Rechtsgeschäft aufgenommene Zweck vermag selbst dann, wenn er von der Rechtsordnung mißbilligt wird (also umgekehrter Fall wie hier), „allein noch nicht einen Scheineinwand zu begründen“ [1]).

c) Die Untersuchung der „Rechtsfrage“ zeigte bisher folgendes Ergebnis:

α) Ein Rechtsgeschäft, dessen objektiver Inhalt der Sittlichkeit widerstreitet, ist als Gesamttatbestand widersittlich, wenn sich nicht aus den Beweggründen und dem Zweck ergibt, daß der Verstoß wider die Sittlichkeit nur ein scheinbarer ist.

β) Ein Rechtsgeschäft, dessen Verhältnis zur Sittlichkeit sich aus dem objektiven Inhalt nicht einwandfrei bestimmen läßt, ist als Gesamttatbestand widersittlich, wenn die Beweggründe und der Zweck einen Verstoß wider die Sittlichkeit enthalten, ist mit der Sittlichkeit vereinbar, wenn die Beweggründe und der Zweck ethisch indifferent sind.

γ) Ein Rechtsgeschäft, dessen objektiver Inhalt ethisch indifferent ist, ist als Gesamttatbestand nicht widersittlich, wenn sich nicht aus den Beweggründen und dem Zwecke ergibt, daß die ethische Nichterheblichkeit nur eine scheinbare ist.

d) Dieses Ergebnis ist — wie es scheint — mit der vom Reichsgericht geprägten Formel [2]), daß sich die Widersittlichkeit aus dem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck erhellenden Gesamtcharakter des Geschäfts ergeben müsse, vereinbar.

Die Formel kann auch unbedenklich angewendet werden, wenn sie bedeutet, daß die objektiven und subjektiven Momente stets beachtet werden müssen. Die Formel muß als Hilfsmittel versagen, wenn daraus abeleitet werden soll, daß stets objektive und subjektive Seite des Rechtsgeschäfts widersittlich sein müssen. Denn in den Fällen c, α genügt die Widersittlichkeit des objektiven Inhalts, in den Fällen c, γ die Widersittlichkeit der Beweggründe, „den Gesamtcharakter“ des Geschäfts als „gegen die guten Sitten“ verstoßend erscheinen zu lassen.

e) Es bedarf noch eines kurzen Eingehens auf die Frage, welche Bedeutung einem bei Geschäftsabschluß vorliegenden Irrtum eines Geschäftsgenossen zukommt.

---

[1]) Lehmann: Allg. Teil S. 241 mit RGZ. 69, 59; 81, 41.
[2]) Vgl. oben S. 15.

α) Ein Irrtum über eine Norm der Sittlichkeit ist stets unerheblich. Die Kenntnis der Verbote der Sittlichkeit wird von jedem Rechtsgenossen verlangt. Die irrtümliche Ansicht, ein verwerfliches Verhalten sei erlaubt, muß daher stets unbeachtet bleiben.

β) Schwieriger scheint die Behandlung eines Irrtums über eine Tatsache; doch ergibt sich diese aus der unter c gegebenen Einteilung von selbst: Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt objektiv der Sittlichkeit widerstreitet (c, α) wird selten[1]) des vom Inhalt ausgehenden verwerflichen Gepräges entkleidet werden können durch den Irrtum eines Geschäftsbeteiligten. Anders dagegen, wenn der Inhalt allein nicht ausreicht, ein Rechtsgeschäft zu einem widersittlichen zu machen (c, β, γ), zum Inhalt vielmehr noch eine verwerfliche Gesinnung hinzutreten muß. Von einer solchen wird man nur dann sprechen können, wenn sich die Geschäftsbeteiligten über alle Tatumstände, die dem Geschäft ein verwerfliches Gesamtgepräge verleihen, im klaren sind.

5.) Die „Rechtsfrage" sucht das Verhältnis zu ermitteln, das zwischen Rechtsgeschäft und Verstoß „gegen die guten Sitten" bestehen muß, damit § 138 BGB. Anwendung finden könne.

Es ergab sich, daß sich die Widersittlichkeit im Inhalt des Geschäftes allein, im Inhalt und in den Beweggründen und in den Beweggründen allein zeigen kann. Es wurde dargelegt, unter welcher Voraussetzung eine so zutage tretende Widersittlichkeit geeignet ist, das Geschäft als Gesamttatbestand zu einem widersittlichen zu machen.

Damit ist die Beantwortung der Rechtsfrage erschöpft, und es kann nicht im Rahmen der Behandlung der Rechtsfrage eine Aufzählung bestimmter Gruppen von Rechtsgeschäften erfolgen, die einen Verstoß wider die Sittlichkeit enthalten. Dies muß vielmehr dem folgenden Abschnitt vorbehalten bleiben, der die Frage behandelt, wann im einzelnen Falle ein Verstoß gegen die Sittlichkeit vorliegt (ebenfalls nach dem Vorbilde Lotmars[2]) „Moralfrage" genannt).

Die hier getroffene Einteilung stellt ein Abweichen von der Systematik fast sämtlicher früherer Problembearbeiter dar. So behandeln insbesondere Lotmar[3]) und daran anschließend Vogel[4]) die Einteilung der Gruppen, bei denen ein Verstoß gegen die Sittlichkeit denkbar ist, als Teil der Rechtsfrage, nicht wie im folgenden als Teil der Moralfrage.

---

[1]) Beispielsweise wird ein Vertrag, durch den sich jemand entgeltlich zum Unterlassen einer Strafanzeige verpflichtete, dann nicht mehr widersittlich sein, wenn das Entgelt den Schaden des Verletzten ausgleichen sollte und der Verletzte sich über die Höhe des Schadens irrte.

[2]) Lotmar: Vertrag S. 76 ff.

[3]) Lotmar: a. a. O. S. 68 ff.

[4]) Vogel: Der Begriff S. 58 ff.

Das ist für Lotmar und Vogel deshalb sinnvoll, weil diese Schriftsteller zu dem Ergebnis gelangen, der Verstoß wider die Sittlichkeit müsse stets ein objektiver sein. Die Aufzählung von Gruppen, die einen Verstoß wider die Sittlichkeit enthalten, dient also dazu, zu zeigen, unter welcher Voraussetzung ein Verstoß wider die Sittlichkeit ein objektiver genannt werden kann.

Lotmar kann bei der Feststellung, ob ein Rechtsgeschäft gegen die Sittlichkeit verstößt, deshalb so vorgehen, daß er prüft, ob ein Tatbestand einer der von ihm aufgezählten Gruppen einzufügen ist, und erst, wenn das zutrifft, wird es erheblich, ob das Geschäft im gegebenen Falle tatsächlich der Sittlichkeit widerstreitet.

Nach der hier gefundenen Lösung der Rechtsfrage dagegen muß die Fragestellung eine umgekehrte sein; es ist zunächst zu ergründen, ob das Geschäft, sei es im Inhalt, sei es in den Beweggründen oder im Inhalt und den Beweggründen, eine Widersittlichkeit enthält, und erst, wenn das zu bejahen ist, kann nach dem oben angegebenen Schema festgestellt werden, ob die Widersittlichkeit geeignet ist, das Rechtsgeschäft als Gesamttatbestand als ein gegen die guten Sitten verstoßendes (und darum nichtiges) erscheinen zu lassen. Die Aufzählung bestimmter Gruppen von Sittlichkeitsverstößen hat deshalb im Rahmen der Moralfrage, nicht der Rechtsfrage zu erfolgen.

III. Das Rechtsgeschäft muß gegen die guten Sitten verstoßen.

1. Im Abschnitt I wurde gezeigt, daß unter „guten Sitten" die Sittlichkeit zu verstehen ist. Im Abschnitt II wurde dargelegt, welche Beziehung zwischen dem Rechtsgeschäft und dem Verstoß gegen die guten Sitten bestehen muß, damit § 138 BGB. Anwendung finden könne. Nunmehr bleibt nur noch zu ergründen, was unter einem Verstoß gegen die Sittlichkeit zu verstehen ist.

a) Unter „guten Sitten" i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. ist nicht eine individuelle Moral zu verstehen, das Gesetz nimmt vielmehr mit diesem Begriff auf die dem deutschen Volke wesensgemäße Sittlichkeit Bezug. Schon früher pflegte man als Maßstab für die „guten Sitten" die im Volke geübte Moral zu bezeichnen.[1]) Die im Volke geübte Moral ist heute nach der „nationalsozialistischen Weltanschauung und Gemeinschaftsidee"[2]) ausgerichtet. Das Empfinden des in der Ge-

[1]) Vgl. Witzmann: Kritik u. die bei ihm S. 15 ff. Zitierten. Vogel: Der Begriff S. 21/22; Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden S. 2 und 5; Fischer: Rechtswidrigkeit S. 79; v. Mayr: Bereicherungsanspruch S. 570; Staudinger: § 138 1 2 u. a.
[2]) Larenz: I S. 81 3. 4; RGZ 150, 4.

meinschaft verwurzelten, verantwortungsvollen Volksgenossen ist maßgebend für das, was als sittlich, für das, was als unsittlich zu bezeichnen ist. Nicht besonders hohe Anforderungen [1]) stellt die im Volke geübte Moral, sondern das, was der Nationalsozialismus von jedem Volksgenossen als Glied der Volksgemeinschaft erwartet, kennzeichnet die Grenze der gesetzlich erzwingbaren Moralanforderungen. Dabei ist aber im einzelnen noch folgendes zu beachten:

b) Maßgebend dafür, ob ein Geschäft mit der Sittlichkeit vereinbar ist oder nicht, ist der Zeitpunkt der Beurteilung. Hat sich seit der Geschäftsvornahme die Moralanschauung derart geändert [2]), daß das Geschäft zur Zeit der Beurteilung als unsittlich erscheint, so kann das Geschäft nicht um deswillen, daß es gültig entstanden ist, als ein mit der Sittlichkeit im Einklang stehendes Geschäft behandelt werden.

Ebenso muß ein Rechtsgeschäft nachträglich als unsittlich bezeichnet werden, bei dem sich die Umstände — auch bei gleichbleibender Moralanschauung — derart geändert haben, daß der gleiche Vertrag, wäre er jetzt geschlossen, gegen die „guten Sitten" verstieße.[3])

Umgekehrt ist es möglich, daß heute ein Vertrag, der zur Zeit des Vertragsabschlusses als widersittlich zu betrachten war, infolge veränderter Moralanschauung heute als mit der Sittlichkeit vereinbar bezeichnet werden müßte. Ein solcher Vertrag bleibt dennoch unwirksam, da die Nichtigkeit nicht geheilt werden kann.[4])

c) Verneint wird, daß ein Rechtsgeschäft seiner Sittenwidrigkeit dadurch entkleidet wird, daß ohne seine Vornahme eine höhere ethische Verpflichtung verletzt worden wäre.[5])

Etwas wie ein „moralischer Notstand" sei unserem Rechte fremd.[6]) Diese Meinung erregt Bedenken, die eher verstärkt als vermindert werden, wenn man die von Lotmar [6]) gegebene und von Staudinger übernommene [6]) Begründung prüft.

---

[1]) Enneccerus-Nipperdey: § 178 I 2.

[2]) Man denke an einen vor dem nationalsozialistischen Umbruch abgeschlossenen Vertrag, dessen Dauer auf Jahre hinaus berechnet ist. Vgl. RGZ. 147, 7; 148, 93.

[3]) Vgl. Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden B § 3; Staudinger: § 138 I 2 d; Kohler: Arch. bürg. Recht, 5, 161 ff. § 13; S. 249 einschränkend: RGRK. § 138 Erl. 1 mit RG. Warn. 1920 Nr. 72 u. Nr. 143.
So muß beispielsweise ein Vertrag wegen Veränderung der Umstände dann als widersittlich erscheinen, wenn er auf längere Dauer geschlossen ist, und im Laufe der Zeit das anfänglich angemessene Entgelt wegen allgemeinen Preissturzes als außerordentlich unangemessen bezeichnet werden muß.

[4]) Lehmann: Nachträgliches Unsittlichwerden S. 75.

[5]) Staudinger: § 138 I 6.

[6]) Staudinger: a. a. O.; Lotmar: Vertrag S. 56; Dick: Arch. bürg. Recht 33, 75 ff. § 9 a. E. S. 108 oben.

Lotmar schreibt: „Wie die Notlage des Urhebers regelmäßig kein Grund für die Ungültigkeit des von ihm geschlossenen Vertrages ist, so verschafft sie auch dem Vertrage nicht die Gültigkeit, wo er dieser nach seinem Inhalte entbehren muß".[1])

Dieser Gedanke auf das zur Lösung der „Rechtsfrage" oben II, 4 c S. 21 Dargelegte angewandt, würde ergeben: Die „Notlage des Urhebers" kann in keinem Falle zur Begründung dafür herangezogen werden, daß die an sich bestehende Widersittlichkeit des Geschäftsinhaltes nur eine scheinbare sei.

Das aber kann nicht anerkannt werden. Es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen die Berücksichtigung der Notlage eines Geschäftsgenossen dazu zwingt, ein Rechtsgeschäft — trotz widersittlichen Inhaltes — als Gesamttatbestand als mit der Sittlichkeit vereinbar zu bezeichnen.

So ist beispielsweise der Inhalt (in dem oben S. 14 Fußnote 4 angegebenen Sinne) eines Vertrages, durch den sich ein Arzt verpflichtet, einer Schwangeren die Leibesfrucht abzutreiben, stets widersittlich.[2]) Als Gesamttatbestand kann ein solches Rechtsgeschäft jedoch dann nicht als der Sittlichkeit widerstreitend bezeichnet werden, wenn die Abtreibung das einzige Mittel ist, die Schwangere am Leben zu erhalten. Ja, das Beispiel lehrt noch mehr. Nicht nur die Begründung Lotmars ist irrig, sondern auch die Behauptung, deren Beweise sie dienen sollte. Das niederere ethische Prinzip: „Du sollst nicht keimendes Leben zerstören", muß weichen vor dem höheren ethischen Prinzip, „Du sollst das Leben Deines Mitmenschen erhalten". Das aber bedeutet, daß ein „moralischer Notstand" ebensosehr anerkannt werden muß, wie ein gesetzlicher Notstand.

Freilich wird dieser „moralische Notstand" auf die Fälle der Verpflichtung zur Errettung aus Lebensgefahr beschränkt bleiben, und auch innerhalb dieses Rahmens wird man mit der Anerkennung der Wirksamkeit an sich sittenwidriger Rechtsgeschäfte vorsichtig sein müssen.

---

[1]) a. A.: anscheinend v. Tuhr II, 2 S. 37. „So gilt z. B. als unzulässig die Verpflichtung zu lebensgefährlichen Handlungen, wenn sie nicht durch einen höheren Zweck gerechtfertigt ist". Das bedeutet die Anerkennung eines moralischen Notstandes.

[2]) Es soll hier außer Acht gelassen werden, daß sich die Wirksamkeit eines solchen Rechtsgeschäftes nach § 134 BGB. richtet, und daß demzufolge ein solches Rechtsgeschäft, der Ausnahmevorschrift des § 134 entsprechend, gemäß § 14 Abs. 1 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 gültig ist. Daß ein gegen § 134 BGB. verstoßendes Rechtsgeschäft trotzdem ein widersittliches sein kann, ist nicht zu leugnen. Da es hier nur auf den Begriff des Widersittlichen, nicht auf die Erörterung der Rechtsfolgen des Widersittlichen ankommt, kann ein solches Beispiel hier angezogen werden.

d) Bestritten, aber wohl zu bejahen[1]) ist, daß auch die sittliche Anschauung des Berufsstandes zu berücksichtigen ist, innerhalb dessen das Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit entfalten soll. Gerade der Nationalsozialismus betont beispielsweise durch die Schaffung berufsständischer Ehrengerichte den Wert des Berufsethos. Ebensowenig wie die Einrichtung dieser Gerichte der Bevorzugung bestimmter „Klassen" — im nationalsozialistischen Staate gibt es keine Klassen mehr — dient, kann auch die Berücksichtigung ständischer Berufsehre im Rahmen des § 138 BGB. als gemeinschaftswidrig bezeichnet werden. Im Gegenteil, jeder Stand muß innerhalb des Volkes die ihm der Gemeinschaft gegenüber obliegenden Verpflichtungen sorgsamst erfüllen, und Zuwiderhandlungen gegen diese Pflichten kann das Gesetz nicht unbeachtet lassen.

e) Ob der Begriff des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung des § 106 E. I zur Erläuterung dessen, was als Verletzung der „guten Sitten" zu bezeichnen ist, mitherangezogen werden kann, muß deshalb dahingestellt bleiben, weil der Begriff der „öffentlichen Ordnung" selbst umstritten ist. Versteht man darunter den „Inbegriff der allgemeinen Staatsinteressen" [2]), so wird ein Verstoß gegen die „öffentliche Ordnung" stets widersittlich sein. Ein näheres Eingehen auf die Streitfrage erübrigt sich jedoch, da der Begriff nicht Gesetz geworden ist, sondern von der II. Kommission wegen mangelnder Begriffsbegrenzung[3]) gestrichen wurde.[4])

f) Das Gesetz erklärt in § 138 BGB. nur Rechtsgeschäfte für nichtig, die gegen die guten Sitten *verstoßen*. § 138 BGB. ist daher kein Mittel, sittlich Gebotenes zu erzwingen; die Gesetzesbestimmung hat vielmehr lediglich die Aufgabe, sittlich Verbotenes zu verhindern.[5]) Dieser Begrenzung muß der Richter stets eingedenk sein, wenn er das Anwendungsgebiet des § 138 BGB. nicht gesetzeswidrig erweitern will. Vor allem muß er sich davor hüten, Gebote der Sittlichkeit erzwingen zu wollen, dadurch, daß er sie in Verbote umkehrt. Die Rechtsordnung bekämpft in § 138 BGB. lediglich die Übertretung *echter* Moralverbote.

[1]) Mit Staudinger: § 138 I 2 b; Enneccerus-Nipperdey: § 178 I 2; v. Tuhr II 2 S. 24; Hubernagel: NS-Handb. S. 971 ff. II e; Jacobi: Iher.. J. 41, 111; v. Mayr: Bereicherungsanspruch S. 569/570; Kuhlenbeck: Kommentar zu § 826; A. A.: Lotmar: Vertrag S. 96; H. A. Fischer: Rechtswidrigkeit S. 83; Dick: Arch. bürg. Recht 33, 101; Planck: DJZ. 1907 S. 9.
[2]) Mot. I, 211.
[3]) Prot. I, 124.
[4]) Über den Begriff der „öffentlichen Ordnung" vgl. Vogel: Der Begriff S. 28 ff.; Fischer: Rechtswidrigkeit S. 88 ff.; Dick: Arch. bürg. Recht 33, 92 § 5.
[5]) Dick mit Rehbein: Arch. bürg. Recht 33, 80/81 § 2.

Hier gewinnt die oben unter I, 4 gemachte Unterscheidung Bedeutung. § 138 BGB. ist ein wirksames Mittel, schon heute die vom Führer geforderte Einheit von Recht und Moral auf dem Gebiete dessen, was sie verbieten, zu schaffen.

2. Unter Anwendung der im Vorhergehenden vorgetragenen Gesichtspunkte lassen sich einzelne Gruppen von Rechtsgeschäften unterscheiden, die eine besonders häufige Form des Verstoßes „gegen die guten Sitten" darstellen.

Sie sind ein wichtiges Hilfsmittel für die Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB. und ermöglichen in vielen Fällen eine schnelle Entscheidung.

a) Als mit der Sittlichkeit vereinbar kann heute nur das bezeichnet werden, was dem Wohle der Volksgemeinschaft nicht entgegentritt und die Volksgemeinschaft nicht schädigt. Die erste Gruppe widersittlicher Rechtsgeschäfte bilden daher solche, die das Gemeinwohl unmittelbar gefährden und bekämpfen.[1]) Gleichgültig muß es sein, ob solche Geschäfte von deutschen Volksgenossen oder von Ausländern abgeschlossen werden. Von deutschen Gerichten können solche Geschäfte niemals anerkannt werden.

Als unmittelbare Gefährdung des Gemeinwohls muß es z. B. betrachtet werden, wenn ein Grundstück für dauernd dem deutschen Volke entzogen werden soll, wie dies bei dem dem Reichsgericht in RGZ. 77,419 vorgelegenen Tatbestand der Fall war. Als unmittelbare Gefährdung des Gemeinwohls müßte es ferner betrachtet werden, wenn sich ein Rechtsgeschäft beispielsweise gegen die deutsche Wehrkraft[2]) oder gegen den Bestand des deutschen Volkes richten würde. All diesen Geschäften muß die Wirksamkeit versagt bleiben.

Folgende weitere Gruppen von Rechtsgeschäften, die mit der dem deutschen Volke wesensgemäßen Sittlichkeit nicht vereinbar sind, können gebildet werden.

b) Rechtsgeschäfte, die auf ein unsittliches Verhalten oder auf einen unsittlichen Erfolg abzielen, oder die ein solches Verhalten oder einen solchen Erfolg fördern.[3]) Auch wenn diese Rechtsgeschäfte einen ethisch indifferenten Inhalt haben (also der dritten Gruppe, γ, der oben II, 4, c, S. 21 bezeichneten Geschäfte angehören),[4]) werden sie

---

[1]) Stoll I S. 67 b α und Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 13. Vgl. dazu auch oben S. 18 ff und unten S. 30 ff.

[2]) RGZ. 93, 27.

[3]) Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 3 a S. 191; RGRK. § 138 Erl. 1 A a; Stoll I S. 67 a b β; Vogel: Der Begriff S. 58 ff.; Lotmar: Vertrag S. 68 ff.

[4]) z. B. der Kauf von Bordellmobiliar, wenn der Verwendungszweck nicht zum Inhalt des Vertrages gemacht wurde.

als Gesamttatbestand schon dann widersittlich sein, wenn alle Geschäftsbeteiligten den mit Abschluß jenes Geschäftes erstrebten unsittlichen Erfolg kennen.[1]) Nicht ist erforderlich, daß jeder einzelne wegen der Widersittlichkeit des verfolgten Zweckes einen besonderen Vorteil zu erstreben sucht, wie dies das Reichsgericht in den Entscheidungen RGZ. 78,282; RG. Gruch. 66,91 annimmt.

Als Beispiele dieser Gruppe sind zu nennen: Verkauf eines Bordellgeschäfts[2]), überhaupt Rechtsgeschäfte zu Bordellzwecken[3]); Kauf von Möbeln zur Ausstattung eines Spielklubs[4]); Schenkungsversprechen als Belohnung für außerehelichen Geschlechtsverkehr; dienstvertragliche Anstellung einer Hausdame, wenn in Wirklichkeit beiderseits ein Konkubinatsverhältnis bezweckt ist[5]); ein Vertrag, durch den ein Teil veranlaßt werden soll, Schleichhandelsware zu liefern[6]); der Verkauf obszöner Fotografien[7]); der Verzicht auf die eheliche Treue oder auf das Kindererziehungsrecht[8]); die Aussetzung eines Vermächtnisses unter der Bedingung, einen Dritten zu töten.[9])

c) Widersittlich sind solche Geschäfte, die eine Verpflichtung zu einem Verhalten begründen wollen, zu dem man sich von Moral wegen nicht rechtlich verpflichten darf.[10]) Daher muß einem Geschäfte die Gültigkeit versagt werden, durch das sich jemand verpflichtet, das Verlöbnis aufzulösen,[11]) ehelos zu bleiben oder die Religion zu wechseln.[12])

Rechtsgeschäfte dieser Art werden meist die Widersittlichkeit bereits im Inhalt verraten, also der ersten Gruppe (α) der oben II, 4 c, S. 21 aufgezählten Rechtsgeschäfte angehören. Das wird zwar geleugnet mit der Behauptung, die Widersittlichkeit liege nicht im Inhalt des Rechtsgeschäfts, sondern in der Bindung.[13]) Dies ist aber eine ungenaue Ausdrucksweise, denn die widersittliche Bindung ist es doch gerade, die

---

1) Larenz I S. 83 gegen v. Tuhr. A. A. auch RGRK. Erl. 1 zu § 138 mit RGZ. 68, 99; 71, 433; Philipp: BayZ. 1905, 383 2; Lotmar: Vertrag S. 77; v. Tuhr: Arch. Ziv. Prax. 120, 2; Vogel: Der Begriff S. 65; zweifelnd; Oertmann: § 817 Erl. 6; wie im Text Kohler: Arch. bürg. Recht 5, 194 ff. § 6; Rumpf: Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff. insbes. 329.
2) Bedenklich (i. oben Anm. 1. gen. Sinne) RGZ. 68, 99.
3) Lehmann: Allg. Teil § 29 IV a mit RGZ. 63, 350; 86, 192.
4) Larenz I S. 83.
5) RG. Warn. 1926 Nr. 41; RAG. JW. 1929, 1084 Nr. 1.
6) RGRK. § 138 Erl. 1 A a mit RG. Seuff. A. 79 Nr. 160.
7) Vogel: Der Begriff S. 65 mit RG. Warn. Jahrb. III S. 16 zu § 138 Nr. 7
8) RGZ. 68, 322 ff.
9) Vogel: Der Begriff S. 60.
10) Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 3 b S. 191.
11) Stoll I S. 67 b γ mit RGZ. 105, 245.
12) RGRK. Erl. 1 A c zu § 138; Vogel: Der Begriff S. 64.
13) Lehmann a. a. O.; Vogel a. a. O. S. 64; wohl auch Stoll I S. 67 a mit b γ.

den Inhalt des Geschäftes ausmacht. Auf jeden Fall ist es falsch, Geschäfte dieser Art in Gegensatz stellen zu wollen zu Geschäften mit widersittlichem Inhalt.

d) Ähnlich, wenn auch nicht gleich, ist der Verstoß gegen die Sittlichkeit, der in den Rechtsgeschäften zum Ausdruck kommt, die eine übermäßige Bindung enthalten.[1] Während die Widersittlichkeit der vorher genannten Fälle in der Bindung schlechthin besteht, zeigt sich der Verstoß gegen die „guten Sitten" hier in der zu starken Bindung. Während sich die Widersittlichkeit dort meist schon im Inhalt äußert, wird hier der Inhalt das Verhältnis des Rechtsgeschäfts zur Sittlichkeit nicht ohne Zuhilfenahme der Beweggründe erkennen lassen (zweite Gruppe β der oben II, 4, c, S. 21 gegebenen Einteilung). Doch wird der unsittliche Beweggrund einer Partei grundsätzlich ausreichen, den Gesamttatbestand des Rechtsgeschäfts als gegen die „guten Sitten" verstoßend erscheinen zu lassen.[2] Als Beispiele dieser Gruppe von Rechtsgeschäften sind zu nennen: die Verpflichtung, dauernd an einem bestimmten Orte nicht zu wohnen;[3] Wettbewerbsverbote, die einem Angestellten das Fortkommen unbillig erschweren;[4] überhaupt die sog. Knebelungsverträge, bei denen die Willens- oder wirtschaftliche Freiheit offensichtlich gelähmt oder gar aufgehoben wird;[5] Verträge, die eine Verpfändung des Ehrenwortes zur Förderung von Geldinteressen enthalten.[6]

e) Geschäfte, die ein Verhalten mit einem Gegenvorteil verknüpfen, obwohl die Sittlichkeit die Gewährung eines Gegenvorteils für ein solches Verhalten verbietet. Nicht zu dieser Gruppe, obwohl fälschlicherweise vielfach hier genannt, gehören Rechtsgeschäfte, die ein Verhalten, das eine rechtliche Bindung überhaupt nicht zuläßt, mit einem Gegenvorteil verknüpfen (z. B. das Versprechen eines Geldvorteils für den Übertritt zu einer anderen Religion). Diese Geschäfte

---

1) A.A.: Lehmann a. a. O.; wie im Text offenbar Stoll I S. 68 ε mit S. 67 b γ; RGRK. § 138 Erl. 1 A d mit c.

2) Staudinger: § 138 I 3 g; RGRK. § 138 Erl. 1 Abs. 4; Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 3. 2 S. 191.

3) RGRK. § 138 Erl. 1 A d mit RG. Warn. 1915 Nr. 8.

4) Lehmann a. a. O. § 29 IV 3 b S. 191; RGRK. a. a. O. A e mit RGZ. 53, 156; 68, 229; RG. JW. 1907, 494 Nr. 37.

5) Stoll I S. 68 ε mit RGZ. 130, 145; RGRK. § 138 Erl. 1 A d mit RGZ. 63, 297/336/390; 76, 78; RG. JW. 1909, 412 Nr. 7, 1910, 62 Nr. 5; Staudinger: § 138 I 3 b. (Absicht der Schädigung ist bei diesen Verträgen nicht vorausgesetzt, RG. JW. 1919, 443 Nr. 1.)

6) Lehmann a. a. O.; RGRK. a. a. O. A d mit RGZ. 82, 222. (Daß die Widersittlichkeit dieser Rechtsgeschäfte aus dem Inhalt allein nicht zu entnehmen ist, beweist die Entscheidung RGZ. 78, 258; RG. Warn. 1915 Nr. 227). Kohler: Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. 1912, 307 ff.

gehören vielmehr der oben gekennzeichneten Gruppe c an. Als Geschäfte der hier behandelten Gruppe (e) kommen in Betracht: das Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer Handlung, zu der eine rechtliche Verpflichtung bereits besteht;[1]) jemand verpflichtet sich, gegen Entgelt ein Verbrechen nicht anzuzeigen;[2]) das Versprechen eines Entgeltes für die Unterlassung der Scheidungsklage wegen eines in der Vergangenheit liegenden Ehebruchs, wohingegen das gleiche Versprechen auch wegen zukünftig eintretender Scheidungsgründe entweder der Gruppe c oder sogar der Gruppe b angehört.

f) Als unsittlich sind — entsprechend dem oben III, 1 d, S. 26 Ausgeführten — solche Rechtsgeschäfte zu betrachten, die einen Verstoß gegen die öffentlichen Berufsaufgaben und die Standesehre einer Partei enthalten.[3]) So ist es beispielsweise unzulässig, daß sich ein Anwalt ein Erfolgshonorar versprechen läßt,[4]) oder daß ein Arzt vom beruflichen Verkehr durch den ärztlichen Verein ausgeschlossen wird.[5])

Dagegen genügt standeswidriges Verhalten allein nicht, ein Rechtsgeschäft zu einem widersittlichen zu machen[6]), da solche Rechtsgeschäfte einen Verstoß nur gegen die Sitte, nicht auch gegen die Sittlichkeit enthalten.

g) Eine weitere Gruppe widersittlicher Rechtsgeschäfte bilden die Verträge, die eine Leistung mit unverhältnismäßigen Gegenvorteilen verknüpfen. Auszuscheiden ist hier der vom Gesetz gebildete Sondertatbestand des Wuchers, der im § 2 behandelt werden soll.

Nahezu unbestritten ist es, daß ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung zueinander in auffälligem Mißverhältnis stehen, auch dann widersittlich sein kann, wenn nicht alle Tatbestandsmerkmale des Wuchers erfüllt sind. Bestritten und von der durchaus herrschenden Lehre verneint ist jedoch, daß ein solches Rechtsgeschäft schon dann widersittlich ist, wenn lediglich der Inhalt des Rechtsgeschäfts objektiv ein solch auffälliges Mißverhältnis aufweist. Zu diesem objektiv auffälligen Mißverhältnis müßten vielmehr — so wird gelehrt — noch besondere subjektiv widersittliche Tatumstände hinzu-

---

[1]) RG. JW. 1916, 1185.

[2]) Lehmann: Allg. Teil § 29 IV c S. 192 mit RGZ. 58, 206.

[3]) Stoll I S. 67 b δ; Staudinger: § 138 I 3 i.

[4]) RGZ. 115, 141.

[5]) RGZ. 79, 17.

[6]) RGZ. 83, 110; 144, 245; 146, 194; 153, 284 ff., 294 ff; RGRK. § 138 Erl. 1.

treten.[1]) (Nach dieser Auffassung kann ein Rechtsgeschäft der angegebenen Art also niemals der oben II, 4, c, α, S. 21 dargestellten Gruppe angehören, sondern ausschließlich der zweiten Gruppe II, 4, c, β S. 21) Vogel[2]) ist sogar der Ansicht, daß ein Rechtsgeschäft mit nur objektiv auffallendem Mißverhältnis ethisch indifferent sei. Die Zinsmaxima früherer Gesetzgeber seien lediglich Verwaltungsmaßregeln gewesen. Vogel kann nicht gefolgt werden. Aber auch die herrschende Ansicht muß Bedenken erregen.

Darauf hat erstmals Th. Kipp[3]) aufmerksam gemacht; er hat bewiesen, daß ein objektiv auffälliges Mißverhältnis allein genügen müsse, ein Rechtsgeschäft zu einem widersittlichen zu machen. Kipp weist gegenüber dem Einwand,[4]) daß die Tatbestandsmerkmale des § 138 Abs. 2 BGB. nicht auseinandergerissen werden dürften, darauf hin, daß die Rechtsprechung nicht genügend beachte, daß sich schon aus dem Wort „insbesondere" ergebe, daß der Wucher nur ein besonders gefährlicher Fall des widersittlichen Geschäftes des Abs. 1 darstelle.[5])

Die Tragweite des § 138 Abs. 1 BGB. einzuschränken, sei keineswegs beabsichtigt gewesen, als das Wuchergeschäft erst in letzter Stunde in den Verhandlungen der Reichstagskommission in das BGB. eingestellt worden sei.[6])

Kipp ist unbedenklich zu folgen, wenn in der Verpflichtung zu einer verhältnismäßig übergroßen Gegenleistung bereits ein Verstoß gegen die Sittlichkeit liegt. Denn dann gehört ein solches Rechtsgeschäft der ersten (II, 4, c, α, S. 21), nicht der zweiten Gruppe (II, 4, c, β, S. 21) widersittlicher Rechtsgeschäfte an. Dann kann ein solches Rechtsgeschäft nur gültig sein, wenn sich aus dem mit Abschluß jenes Geschäftes verfolgten Zwecke ergibt, daß für das Mißverhältnis von

---

[1]) RGZ. 97, 252; 120, 44; 136, 240; RG. JW. 1935, 278 Nr. 9; überhaupt das RG. in ständ. Rechtsprech. vgl. RGZ. 83, 112 einerseits und RGZ. 90, 400; 93, 28 u. 107; RG. Warn. 1916 Nr. 2; RG. LZ. 1921, 216 Nr. 1 andererseits. RGRK. § 138 Erl. 2; Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 2 b S. 193; Larenz I (ohne eigene Stellungnahme) S. 84, S. 85; Staudinger: § 138 II 3 a mit RG. JW. 1923, 370 Nr. 6; RG. Gruch. 69, 216 Nr. 16; Staudinger: § 138 II 5 mit RGZ. 64, 181; 72, 69; 93, 29; 97, 254; 103, 37.

[2]) Vogel: Der Begriff S. 42.

[3]) Kipp: DJZ. 1916, 466 mit Hachenburg (DJZ. 15, 585; JW. 1916, 114) und Knipschaar: DJZ. 1915, 1087 ff. Fast wörtlich übereinstimmend mit Kipp neuerdings: OLG. Hamburg: Dtsch. Recht 1935, 261.

[4]) RG. JW. 1915, 392 Nr. 2; vgl. auch RGZ. 83, 112; 97, 254; 103, 37 ff.; 120, 144.

[5]) Kipp a. a. O. S. 470.

[6]) Kipp a. a. O. S. 471.

Leistung und Gegenleistung ein besonderer Grund vorhanden ist;[1]) letzteres ist nicht schon dann der Fall, wenn die Beweggründe ethisch indifferent sind.

Wenn man vor dem nationalsozialistischen Umbruch vielleicht Bedenken tragen mußte, allein ein krasses Mißverhältnis zweier entgegenstehender Leistungen als widersittlich zu bezeichnen, so müssen diese Bedenken heute versagen.

Mit scharfen Worten geißelt Lange die Anschauung des endenden 19. Jahrhunderts, die infolge ihrer liberalistischen Einstellung vor allem abgeneigt gewesen sei, das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu erzwingen; denn dieser Anschauung sei nur der gröblichste Verstoß als ein solcher gegen die guten Sitten erschienen. Das Gemeinschaftsbewußtsein, der Gedanke der Unterordnung des einzelnen unter die Gesamtheit habe ihr gefehlt.[2])

Gerade unsere Zeit, deren oberstes Rechtsprinzip durch den Satz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" gekennzeichnet wird, kann heute den übergroßen Vorteil des einen Rechtsgenossen gegenüber dem anderen Rechtsgenossen nicht mehr als mit der Sittlichkeit vereinbar bezeichnen, auch wenn ein subjektiv widersittlicher Zweck im einzelnen Falle nicht erkennbar ist. Das Reichsgericht ist auf dem besten Wege, diesem Gedanken Anerkennung zu verschaffen.

Allerdings hat der große Zivilsenat des Reichsgerichts, dem die zur Erörterung stehende Streitfrage vom V. Zivilsenat zur Lösung vorgelegt wurde, ein objektives Mißverhältnis allein auch heute nicht für ausreichend erachtet, um ein Rechtsgeschäft als widersittlich erscheinen zu lassen.[3]) Stets müsse zu dem objektiven Mißverhältnis, wenn ein sonstiges Merkmal des Wuchers nicht erfüllt sei, ein subjektiv widersittliches Verhalten hinzutreten, damit der Tatbestand des § 138 Abs. 1 BGB. erfüllt sei.

Die Entscheidung fährt dann aber wörtlich fort: „Auf diese" (widersittliche) „Gesinnung kann unter Umständen aus dem Mißverhältnis geschlossen werden. Wenn sich ein Teil böswillig oder grobfahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt, so kann

---

[1]) Kipp: DJZ. 1916, 471: „Selbstverständlich kann ein scheinbar ungenügendes Entgelt für eine Leistung seine Ergänzung in der Deckung immaterieller Interessen des Leistenden finden".

[2]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 18.

[3]) RGZ. 150, 1 ff. = Dtsch. Justiz 1936, 610 ff. (mit Anm. von Volkmar) = JW. 1936, 1281 ff. (mit Anm. von Mitzschke).

dies in Verbindung mit dem Mißverhältnis das Rechtsgeschäft nichtig machen".

Zu dieser Entscheidung haben Volkmar und Mitzschke Stellung genommen (s. Fußn. 3, S. 32). Sie billigen die Ausführungen des Reichsgerichts in ihrer Gesamtheit. Anscheinend übersehen aber diese beiden Berichterstatter, daß das Reichsgericht mit dieser Entscheidung von seinem früheren Standpunkt nicht unerheblich abgewichen ist und sich tatsächlich auf die Seite derjenigen gestellt hat, die ein objektives Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung grundsätzlich zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB. ausreichen lassen: Denn bei Anwendung der vom Reichsgericht dargelegten Grundsätze muß der (Versprechens-)Empfänger der übergroßen Gegenleistung ebenso wie nach der hier vertretenen Ansicht besondere Gründe anführen, die das Mißverhältnis der gegenseitig zu erbringenden Leistungen rechtfertigen,[1]) wenn nicht auf seine verwerfliche Gesinnung geschlossen werden soll. Hier erscheint es einfacher, auf das Erfordernis der verwerflichen Gesinnung überhaupt zu verzichten und bei mangelnder Begründung des Mißverhältnisses der Leistungen die Nichtigkeit deshalb allein eintreten zu lassen.

Dagegen kann auch nicht der Gegenbeweis Mitzschkes angeführt werden, bei Befolgung der vorgetragenen Meinung könne ein besonders hohes Risiko nicht mehr mit einer besonders hohen — dem Risiko entsprechenden — Gegenleistung verknüpft werden.

In solchen Fällen wird man überhaupt nicht von einem Mißverhältnis sprechen können.

Die vom Reichsgericht eingenommene Stellungnahme wäre klarer, wenn es sich ausdrücklich zu der hier vertretenen Ansicht bekennen würde. Allerdings werden sich auch bei der vom Reichsgericht geprägten Formulierung praktische Unterschiede zu der vorgetragenen Ansicht nicht ergeben.

h) Als letzte Gruppe widersittlicher Rechtsgeschäfte, bei denen es jedoch bestritten ist, ob sie überhaupt dem § 138 BGB. unterzuordnen sind, seien genannt die Rechtsgeschäfte, die einen „Mißbrauch einer rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit" [2]) enthalten. Ganz kurz sei zum Verständnis dessen folgendes vorgetragen:

Das deutsche Volk ist eine lebende Gemeinschaft. Das Leben der Gemeinschaft gestaltet die Gemeinschaft selbst. Diese Gestaltung erfolgt auf zweifache Art: einmal durch Zusammenwirken der Gemein-

---

[1]) Mitzschke, JW. 1936, 1283.
[2]) Larenz I S. 85.

schaft als solcher mit den Gliedern der Gemeinschaft, zum andern durch das Zusammenwirken der Glieder der Gemeinschaft untereinander. Diese Lebensgestaltung muß sich nach einer bestimmten Ordnung vollziehen. Wichtigster Teil dieser Lebensordnung ist das Recht. Das rechtlich geordnete Mittel der Gestaltung des Gemeinschaftslebens auf dem Gebiete des volksgenössischen Zusammenwirkens ist das Rechtsgeschäft. Das Rechtsgeschäft dient der Erreichung bestimmter, objektiv gültiger, gemeinschaftsnützlicher Zwecke.

Die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeit darf daher nicht dazu mißbraucht werden, andere als von der Rechtsordnung gewollte Zwecke zu erstreben. Denn dann hört das Rechtsgeschäft auf, Mittel zur Gestaltung des Gemeinschaftslebens zu sein.

Ein Beispiel möge das erläutern: Der Adoptionsvertrag [1]) dient der Begründung eines wahren Kindesverhältnisses. Wenn die rechtliche Möglichkeit, ein solches Eltern-Kind-Verhältnis zu schaffen, dazu mißbraucht wird, dem Angenommenen lediglich den Namen des Annehmenden zu verschaffen, dann muß die Rechtsordnung einem solchen Rechtsgeschäft die Gültigkeit versagen.

Heute wird einem solchen Annahmevertrag die Bestätigung versagt gemäß Art. I Nr. 4 (§ 1754 Z. 2 BGB.) des Gesetzes vom 23. November 1933 (RG. Bl. I, 980), wenn begründete Zweifel daran bestehen, daß durch die Annahme ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden soll. Trotzdem ist es möglich, daß die Absicht der Beteiligten der Bestätigungsbehörde unbekannt bleibt. Auch in diesem Falle darf einem Annahmevertrag keine Wirksamkeit zukommen.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung RGZ. 114,338 ein solches Rechtsgeschäft für gültig erklärt, weil der Annehmende selbst getäuscht worden war und willens gewesen ist, das Rechtsgeschäft zu dem von der Rechtsordnung gewollten Zwecke abzuschließen. Zwar wird der Beweggrund des Angenommenen als widersittlich, das Rechtsgeschäft als solches jedoch als mit der Sittlichkeit vereinbar bezeichnet, da es an dem Erfordernis des unsittlichen Beweggrundes beider Parteien gefehlt habe.

Auch Larenz ist der Ansicht, daß Rechtsgeschäfte dieser Art, denen die Gültigkeit versagt werden müsse, dem § 138 BGB. nicht unterzuordnen seien. Er hält die im Gesetze aufgestellten Schranken der Unmöglichkeit, der Gesetzeswidrigkeit und der Sittenwidrigkeit nicht

[1]) Das Beispiel ist Larenz I S. 85/86 entnommen. Es muß überhaupt darauf hingewiesen werden, daß Larenz' Gedankengänge das hier Vorgetragene stark beeinflußt haben.

für genügend. Er sieht in dem „Mißbrauch rechtsgeschäftlicher Gestaltungsmöglichkeit" einen besonderen Nichtigkeitsgrund, der die Unwirksamkeit eines Geschäftes bewirke, wenn das heutige Rechtsdenken der Gültigkeit des Geschäftes entgegenstehe. Der gleichen Ansicht ist Busse[1]) („Mißbrauch rechtsgeschäftlicher Form").

In ähnlicher Richtung liegen die Gedankengänge Raisers.[2]) Seinen Ausführungen sei folgendes entnommen: Die Rechtslehre des 19. Jahrhunderts ging von der Voraussetzung aus, im möglichst ungehinderten Gewährenlassen der individuellen Kräfte gedeihe von selbst auch die Gemeinschaft am besten. Die Kodifikationen jener Zeit glaubten deshalb eine generelle Schranke der Vertragsfreiheit nicht aufrichten zu müssen. Man begnügte sich mit einigen Spezialvorschriften für Sonderfälle, da man der Überzeugung war, durch die Gewährleistung der freien Konkurrenz zugleich die sicherste Garantie gegen wirtschaftlichen Machtmißbrauch geschaffen zu haben. Das Ordnungsprinzip der freien Konkurrenz wurde erstmals gestört durch das Aufkommen von Großbetrieben und Kartellen. Der Tendenz der auf privatem Ertragsstreben und persönlicher Initiative des einzelnen aufgebauten Wirtschaft hätte es entsprochen, jene Monopolbildung zu bekämpfen. Gesetzgebung und Rechtsprechung begnügten sich jedoch damit, dem Machtgebrauch dieser Gebilde rechtliche Grenzen zu setzen. Die Rechtsprechung bediente sich dazu der Generalklausel des § 138 BGB.[3])

Die Anschauung des Verhältnisses des einzelnen zur Gemeinschaft hat sich grundlegend gewandelt. Der Wert des einzelnen richtet sich heute nach der Leistung, die er der Gemeinschaft erbringt. Rechtliche Befugnisse und Freiheit zum Handeln werden dem Rechtsgenossen zugeteilt, um sie im Dienste an der Gemeinschaft auszuüben. Die Befolgung dieser Pflichten hat das Recht zu überwachen. Daher beschränkt die Rücksicht auf das Wohl der Gemeinschaft heute nicht nur ausnahmsweise die Möglichkeit rechtlichen Handelns. Vielmehr ist die Ausübung jeder Befugnis durch die der Gemeinschaft gegenüber bestehenden Pflichten beschränkt. Der pflichtwidrige Gebrauch der verliehenen Befugnisse und Freiheiten ist daher falsch und nicht mehr rechtmäßig. Somit „gibt es einen Mißbrauch subjektiver Rechte, einen Mißbrauch der für Leistungswettbewerb eingerichteten Konkurrenzfreiheit und auch ... einen Mißbrauch der Vertragsfreiheit, den die Rechtsordnung nicht anerkennen darf".[4])

1) Busse: Recht des Reichsnährstandes Jahrg. III S. 583.
2) Raiser: Das Recht der AGB. S. 279 ff.
3) Raiser a. a. O. S. 278.
4) Raiser a. a. O. S. 279.

Schwierigkeiten bereitet die Frage nach der Verwirklichung dieser Grundsätze. Eine allgemeine Bestimmung, die einem Rechtsgeschäft bei Gefährdung des Gemeinwohls die Anerkennung versagt, besteht nicht. Mißbräuche der Vertragsfreiheit sind nur durch einzelne spezielle Vorschriften,[1]) die die Grenzen der Freiheit im einzelnen festlegen, geregelt.[2])

Ebenso wie Larenz ist Raiser der Ansicht, daß ein Mißbrauch der Vertragsfreiheit mit § 138 BGB. nicht zu bekämpfen ist. Zwar sei die dem Willen des Gesetzgebers entgegenstehende Erweiterung des Begriffes der Sittenwidrigkeit auf Tatbestände des Wirtschaftslebens zu billigen. Der moralische Vorwurf, dem die Betroffenen ausgesetzt seien, sei heute, wo das sittliche Empfinden wieder geweckt und gestärkt werden solle, nicht zu hart. Wer durch sein wirtschaftliches Handeln das Gemeinwohl gefährde, verstoße nicht nur gegen politische und wirtschaftliche, sondern zugleich gegen sittliche Gebote. Die Anwendung des § 138 BGB. sei aber trotz Erfüllung des Tatbestandes dieser Bestimmung abzulehnen, da diese Norm ihrer Funktion und Wirkung nach eine solche Ausweitung nicht vertrage. § 138 BGB. erkläre Rechtsgeschäfte, die auf einen von ihm mißbilligten Erfolg gerichtet seien, für nichtig; durch diese Verweigerung der staatlichen Anerkennung solle die Vornahme solcher Geschäfte verhindert werden. Die hier zu behandelnden Fälle seien anders gestaltet. Die freie wirtschaftliche Initiative und das private Gewinnstreben sollten nicht unterdrückt, sondern nur auf das der Allgemeinheit zuträgliche Maß begrenzt werden. Die Nichtigkeit, die § 138 BGB. ausspreche, erweise sich daher als unangebracht oder jedenfalls als zu stark. Stattdessen müsse erstrebt werden, das Geschäft in den Schranken des Zulässigen aufrechtzuerhalten. Unzulässig sei jedoch, die richterliche Kontrolle solcher Verträge, wie Sebba vorgeschlagen habe, statt auf § 138 BGB. auf § 242 BGB. zu stützen, denn die beiden Generalklauseln ließen sich nicht beliebig vertauschen. § 242 BGB. sage nichts aus über die Schranken der Gestaltung eines Vertrages, sondern handele von der Erfüllung einer als gültig vorausgesetzten, d. h. also innerhalb jener Schranken entstandenen, Verpflichtung.

Obwohl also § 242 BGB. ebensowenig wie § 138 BGB. geeignet erscheine, als gesetzliche Stütze für die geforderten Schranken der Vertragsfreiheit zu dienen, so brauche darum die Geltung solcher Schranken in unserem positiven Rechte nicht geleugnet zu werden.

---

[1]) z. B. im Versicherungsvertragsrecht.
[2]) Raiser a. a. O. S. 280.

Denn Schranken der individuellen Betätigungs- und damit auch der Vertragsfreiheit seien dem Rechte als einer Gemeinschaftsordnung immanent. Es bedürfe nicht erst eines Gesetzes, um sie aufzurichten.

Es kann Larenz und Raiser nur mit Bedenken zugestimmt werden, soweit sie die Möglichkeit der Unterordnung dieser Geschäfte unter § 138 BGB. leugnen. In vielen Fällen werden sich Rechtsgeschäfte dieser Art der zweiten Gruppe (II, 4, c, β, oben S. 21) widersittlicher Geschäfte einordnen lassen; dann aber genügt meist der unsittliche Beweggrund einer Partei, das Rechtsgeschäft zu einem widersittlichen zu machen, z. B. bei dem Mißbrauch „allgemeiner Geschäftsbedingungen" (s. oben d).

Eine Lösung ohne eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes wird einer Lösung mit dem Gesetz nicht ohne weiteres vorzuziehen sein, wenn es auch verlockend ist, dem Richter die Möglichkeit positiver Vertragsgestaltung (nicht nur Vernichtung) zuzusprechen, mit der Begründung, daß nicht nur der Nichtigkeitsgrund, sondern auch die Rechtsfolgen besondere seien.[1])

i) Wenn hier die wichtigsten Gruppen widersittlicher Rechtsgeschäfte gekennzeichnet wurden, so muß dennoch betont werden, daß eine erschöpfende Aufzählung aller denkbaren Arten nicht möglich ist.[2]) Das mochten die Vertreter der objektiven Theorie für sich in Anspruch nehmen, bei der hier (oben II) vorgetragenen Lösung der „Rechtsfrage" ist dies nicht möglich. Das Dargelegte kann keinen nie versagenden Maßstab bilden, an dem die Widersittlichkeit einfach abzulesen wäre. Es kann und soll nur als Hinweis Bedeutung haben.

3. An dieser Stelle wäre an sich noch zu erörtern, ob nur Verpflichtungsgeschäfte oder auch solche Rechtsgeschäfte, die unmittelbar eine Wertbewegung zum Gegenstande haben, nichtig sein können. Dies soll jedoch des Zusammenhangs halber dem § 4 unten, S. 50, der die Wirkung widersittlicher Verpflichtungsgeschäfte auf Leistungsgeschäfte darlegt, vorbehalten bleiben.

4. a) Rechtsgeschäfte, deren Zustandekommen mit widersittlichen Mitteln erreicht wurde, sind nicht schon deshalb allein widersittlich. Solche Rechtsgeschäfte sind lediglich gemäß § 123 BGB. anfechtbar.[3]) Die Begründung ist darin zu sehen, daß diese Geschäfte durchaus mit der Sittlichkeit vereinbar sein können. Deshalb hat die Rechtsordnung

---

[1]) Raiser: Das Recht der AGB. S. 279 ff.
[2]) Lehmann: Allg. Teil § 29 VI 3 e S. 194; Staudinger: § 138 I 5; Enneccerus-Nipperdey: § 178 IV S. 585.
[3]) Vgl. für alle anderen RGRK. § 138 Erl. 1 Abs. 5; Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 2 S. 191.

kein Interesse daran, von sich aus diese Geschäfte zu vernichten; es genügt vielmehr, demjenigen, gegen den sich das unsittliche Verhalten richtet, die Möglichkeit zu geben, ein solches Rechtsgeschäft zu vernichten, wenn er es nicht aufrechtzuerhalten wünscht.

Die Gemeinschaft wird nicht dadurch, daß das Rechtsgeschäft Gültigkeit hat, geschädigt, sondern dadurch, daß das Rechtsgeschäft durch ein gemeinschaftswidriges Mittel herbeigeführt wurde; sie wehrt sich gegen dieses unsittliche Verhalten dadurch, daß sie den Handelnden in Strafe nimmt (vgl. §§ 263, 253 und 240 StGB.). Es kann allerdings sein, daß auch das Rechtsgeschäft als solches der Sittlichkeit widerstreitet. Ein solches Rechtsgeschäft ist selbstverständlich unwirksam, nicht bloß anfechtbar.

b) Aus dem Gesetz ergibt sich weiter, daß eine Reihe anderer Rechtsgeschäfte infolge Sonderregelung nicht dem § 138 BGB. unterzuordnen sind. Darauf hat vor allem Dick[1]) hingewiesen und daran Folgerungen geknüpft für die Auslegung des § 138 BGB., die allerdings in diesem Zusammenhang nicht erheblich sind.

Nichtig ist ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten, ohne daß es der Prüfung der Widersittlichkeit bedürfte (§ 312 BGB.), und nichtig ist eine Verpflichtung i. S. des § 310 BGB. Spiel, Wette und Differenzgeschäft (§ 762 BGB.) erzeugen ebenso wie der Ehemäklervertrag natürliche Verbindlichkeiten, sind also nicht wegen Widersittlichkeit nichtig.[2])

Gültig ist die Festsetzung einer übermäßig hohen Vertragsstrafe, wie aus § 343 BGB. erhellt. Schließlich sei noch erwähnt, daß der Erbvertrag, der nach römischem Recht als „contra bonos mores" verstoßend nichtig war,[3]) heute vom Gesetz ausdrücklich anerkannt ist.

5. Die Frage, ob ein Geschäft widersittlich ist, ist Rechtsfrage und daher revisibel (§ 549 ZPO.), nicht Tatfrage, wie Lotmar,[4]) Jacobi[5]) und Vogel[6]) annehmen. Die Begründung liegt darin, daß ein Rechtsgeschäft nur dann widersittlich ist, wenn der Verstoß gegen die Sittlichkeit ein solcher ist, daß die Rechtsordnung daran nicht achtungslos vorübergehen kann.[7])

---

[1]) Dick: Arch. bürg. Recht 33, 75 ff. insbes. S. 96 ff. § 7.
[2]) Bedenken gegen diese Regelung trägt insbes. Kohler: Arch. bürg. Recht 5, 166 ff. § 3 mit Nachweisen früherer u. ausländischer Rechtsanwendung.
[3]) Staudinger: § 138 I 2 (mit c, 4, C, 8/38).
[4]) Lotmar: Vertrag S. 91 mit Ravit, Crome.
[5]) Jacobi: Iher. J. 41, 103/4.
[6]) Vogel: Der Begriff S. 71.
[7]) Wie hier im Ergebnis Staudinger § 138 I 8; v. Tuhr II, 2 S. 24, Enneccerus-Nipperdey § 178 I 1 Anm. 4 S. 580; Stoll I S. 68 e; Endemann in KrVJ. 41, 522 ff. sowie das RG. in ständ. Rechtsprech.; RGRK. § 138 Erl. 3; RGZ. 67, 101.

§ 2.

Der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB.

Der § 138 Abs. 2 BGB. lautet: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen".

I. Der Tatbestand des Wuchers ist ein Sonderfall, das einzige gesetzlich geregelte Beispiel des unsittlichen Rechtsgeschäftes des § 138 Abs. 1 BGB., wie aus dem Wort „insbesondere" hervorgeht.[1])

Wenn festgestellt ist, daß ein Rechtsgeschäft den Tatbestand des Wuchers erfüllt, bedarf es somit nicht mehr der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft widersittlich ist. Der Wucher ist kraft Gesetzes widersittlich.[2])

II. 1. In welcher Form der Wucher äußerlich in Erscheinung tritt, ist nach dem Gesetze unwesentlich. Es unterscheidet insbesondere nicht mehr zwischen Sach- und Kreditwucher. Jedes lästige Vermögensgeschäft kann ein wucherliches sein.[3])

2. Daß auch der nationalsozialistische Staat nicht gewillt ist, den Wucherbegriff einzuengen, geht daraus hervor, daß Punkt 18 des Parteiprogramms ausdrücklich harte Bestrafung des Wucherers fordert.

III. Im Gegensatz zum Tatbestand des Abs. 1 setzt sich der Tatbestand eines wucherischen Geschäftes i. S. des § 138 Abs. 2 BGB. notwendigerweise aus einem objektiven und einem subjektiven Teil zusammen.

1. Objektiv erfordert der Tatbestand des Wuchers ein Doppeltes.

a) Es muß ein auffälliges Mißverhältnis zwischen der Leistung des Wucherers und der Gegenleistung des Bewucherten zu Ungunsten des letzteren bestehen. Deshalb ist der Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. nur erfüllt, wenn sich in einem Rechtsgeschäfte Leistung und

---

1) Vgl. Enneccerus-Nipperdey § 179 IV S. 589; Th. Kipp, DJZ. 1916, 470; RGZ. 112, 362.
2) Vgl. RGRK. § 138 Erl. 2 a. A.; Staudinger § 138 II 2 für alle anderen.
3) Vgl. RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. 1; Stoll I S. 68/69 u. a.

Gegenleistung gegenüberstehen. Der Begriff der Gegenleistung setzt ferner voraus, daß das Geschäft ein entgeltliches ist.[1])

Bestritten, aber wohl zu verneinen ist, daß die Vorstellung des Gläubigers bei der Beurteilung dessen, ob ein auffälliges Mißverhältnis vorliege, zu berücksichtigen ist. Das Merkmal des Mißverhältnisses ist ein rein objektives. Die Vorstellungen des Wucherers von Leistung und Gegenleistung müssen deshalb außer Betracht bleiben.[2]) Der Wert der Leistungen ist nach dem allgemeinen Verkehrswerte zu berechnen, wobei als Maßstab für das Angemessensein der Gegenleistung die übliche Vergütung gilt.[3]) Dabei kommt es auf den Wert der versprochenen Gegenleistung, nicht darauf an, wie sich das tatsächliche Verhältnis bei der danach erfolgten Verwertung der Leistung und Gegenleistung stellt.[4]) Maßgebend ist also der Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses. Es kann jedoch das Vorliegen eines Mißverhältnisses nur bejaht werden unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, unter denen das Geschäft geschlossen wurde.

Ein Vertragsgenosse wird sich z. B. eine über das Übliche hinausgehende Leistung dann wirksam versprechen lassen können, wenn das Geschäft für ihn mit einem außerordentlichen Risiko verbunden ist.[5])

b) Die zweite objektive Voraussetzung des Wuchers — worauf insbesondere Enneccerus-Nipperdey[6]) hinweist — ist, daß ein anderer sich in Notlage befindet, leichtsinnig oder unerfahren ist.

α) Der „andere", der sich in Notlage befindet, wird meist der Vertragsgegner des Wucherers sein. Dies ist jedoch zur Erfüllung des Tatbestandes des § 138 Abs. 2 BGB. nicht erforderlich,[7]) es genügt vielmehr, daß die Notlage eines Dritten für das Geschäft wirtschaftlich ausschlaggebend ist. Das kann insbesondere dann zutreffen, wenn der wucherische Vertrag im wirtschaftlichen Interesse dieses Dritten abgeschlossen wird.[8])

---

1) Enneccerus-Nipperdey: § 179 II 2. Selbstverständlich kann die Bestimmung des § 138 Abs. 2 BGB. nicht dadurch umgangen werden, daß ein entgeltliches Geschäft in zwei selbständige unentgeltliche Geschäfte zerlegt wird.

2) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. IV; anscheinend in Widerspruch dazu Erl. 2 Abs. II; wie im Text Staudinger: § 138 II 3 a und wohl auch Enneccerus-Nipperdey: § 179 II 1.

3) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. IV.

4) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. IV mit RG. JW. 1918, 424 Nr. 1; RG. Seuff. A. 80 Nr. 2

5) Staudinger: § 138 II 3 a mit OLG. 4, 205.

6) Enneccerus-Nipperdey: § 179 II 1 b.

7) Enneccerus-Nipperdey a. a. O. Anm. 2 u. RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. III.

8) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. III mit RG. JW. 1915, 574 Nr. 6.

Ein „anderer", der leichtsinnig oder unerfahren ist, wird — im Gegensatz zum Vorhergesagten — jedoch nur des Wucherers Vertragsgenosse bzw. dessen Bevollmächtigter[1]) sein können. Ob der andere eine natürliche oder juristische Person oder Personenmehrheit ist, ist unerheblich.[2])

β) Als „Notlage" ist nicht jede Bedrängnis anzusehen, sondern nur eine dringende Not, die die wirtschaftliche Existenz, die Gesundheit oder die Ehre bedroht. Das Reichsgericht will allerdings nur wirtschaftliche Existenzschwierigkeiten als Notlage anerkennen,[3]) und auch innerhalb dieses Rahmens ist die Auslegung nicht sehr weit, denn selbst ein Zustand der Vermögenslosigkeit und Unpfändbarkeit ist noch nicht als Notlage i. S. des § 138 Abs. 2 BGB. betrachtet worden.[4])

Dem Reichsgericht ist nicht zuzustimmen. Es hieße dem Gesetz den Vorwurf allzu materialistischer Einstellung zu machen, wollte man behaupten, daß es das unerlaubte Vorteilziehen aus einer Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz eines anderen als verachtenswerter bezeichne als die Ausbeutung einer Ehr-, Lebens- oder Gesundheitsgefahr. Es kann nicht weniger streng verurteilt werden, wenn ein guter Schwimmer sich für die Errettung eines Ertrinkenden eine hohe, übermäßig hohe Belohnung ausbedingt, als wenn ein Darlehensgeber sich von einem am Ende seiner wirtschaftlichen Existenz Stehenden wucherische Zinsen ausbedingt.[5])

Selbst wenn ein solches Ergebnis dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde, müßte man heute so entscheiden, denn da, wo die materialistische Einstellung im Gesetzestext nicht ausdrücklich in Erscheinung tritt, darf diese Einstellung in keiner Weise mehr als Beweismittel genannt werden. Hier kann die wünschenswerte Entscheidung mit dem Gesetzestexte vereinbart werden. Man muß sich deshalb zu ihr bekennen.[6])

γ) Der Begriff des „Leichtsinns" ist dem Sprachgebrauch zu entnehmen. „Leichtsinnig" handelt derjenige, der sich der Tragweite

---

1) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. III.
2) Staudinger: § 138 II 3 b mit RGZ. 93, 27 ff.
3) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. III mit RG. JW. 1905, 75 Nr. 8; 1911, 576 Nr. 9
4) RG. JW. 1919, 102; RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. III; Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 2 d S. 193.
5) Ist der Ausgebeutete eine juristische Person, wird allerdings nur eine wirtschaftliche Existenzgefährdung den Begriff des Wuchers erfüllen können.
6) Im Ergebnis ebenso Staudinger: § 138 II 3 b; Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 2 d S. 193; Enneccerus-Nipperdey: § 179 II 1 mit Anm. 3; Stoll I S. 69 a; v. Tuhr II 2 S. 40 Anm. 110.

seines Tuns aus Sorglosigkeit oder aus mangelnder genügender Überlegung nicht bewußt wird. [1])

Der „Leichtsinn" muß bei dem zur Beurteilung stehenden Geschäfte besonders hervortreten; nicht genügt die Feststellung des „Leichtsinns" als Charaktereigenschaft. [2])

δ) „Unerfahrenheit" ist eine Eigenschaft, die begründet ist in einem Mangel an allgemeiner Lebenserfahrung oder auch an Erfahrung in geschäftlichen Dingen eines bestimmten Gebietes. [3]) (Beispielsweise im Handel mit großstädtischen Grundstücken). Mangelnde Erfahrung in Ansehung einer besonderen Angelegenheit, beispielsweise darüber, wie hoch der Wert gebrauchter Möbel ist (RGWarn. 1918 Nr. 157), genügt dagegen nicht, um jemanden „unerfahren" i. S. des § 138 Abs. 2 BGB. erscheinen zu lassen. [4])

Unbestritten ist, daß im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB. geistige Minderwertigkeit der „Unerfahrenheit" gleichzustellen ist. [5]) Das ergibt der Schluß vom Schwächeren auf das Stärkere.

2. Der Tatbestand des Wuchers erfordert subjektiv Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit. Unter „Ausbeutung" ist vorsätzliche Ausnutzung zu verstehen. [6]) Diese liegt nur vor, wenn sich der Gläubiger des Mißverhältnisses der Leistungen bewußt ist. Doch ist vorsätzliche Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit nicht mit der absichtlichen Ausbeutung zu verwechseln; diese ist zur Erfüllung des Wuchertatbestandes nicht erforderlich. [7])

Ebensowenig bedarf es des Nachweises der Arglist des (Versprechens-)Empfängers der übergroßen Leistung. [8])

Daß die Anregung zum Geschäftsabschluß vom Wucherer ausgehe, verlangt der Begriff der „Ausbeutung" nicht. Es genügt die Ausnutzung einer zufällig gegebenen Gelegenheit. [9])

---

1) RGRK. § 138 Erl. 2 u. Staudinger a. a. O.
2) RGRK. a. a. O.; RGST. 27, 18.
3) RGRK. § 138 Erl. 2; Staudinger § 138 II 3; RAG. JW. 1930,3010.
4) RGRK. a. a. O.; RG. Warn. 1916 Nr. 128; RAG. JW. 1930, 3010.
5) RGRK. a. a. O.; RGZ. 67, 393; Staudinger a. a. O.; Enneccerus-Nipperdey § 179 II 1 Anm. 4 mit RG. Warn. 1908 Nr. 119; RG. Seuff. Arch. 70 Nr. 142.
6) Enneccerus-Nipperdey a. a. O.; RGRK. a. a. O.; Lehmann Allg. T. § 29 IV 2 d u. a. RGZ. 86, 296; RG. HRR. 28 Nr. 2080, 2259.
7) RGRK. § 138 Erl. 2 mit RGZ. 60, 9; 86, 300; RG. JW. 1907, 167 Nr. 4; Staudinger: § 138 II 3 b; Enneccerus-Nipperdey: § 179 II 1; Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 2 b. RAG. 9, 236.
8) RGRK. a. a. O. mit RG. JW. 1905, 366 Nr. 3.
9) RGRK. a. a. O. mit RGZ. 60, 9; 86, 300; RG.JW. 1913 483 Nr. 3; HRR. 32 Nr. 1068.

IV. Die **Widersittlichkeit** des Wuchergeschäftes liegt nicht nur im objektiven und ebensowenig nur im subjektiven Tatbestand begründet. Als „besonders gefährlicher Fall“ [1]) erfordert der Tatbestand des Wuchers vielmehr stets eine doppelte Widersittlichkeit.

1. Es ist unsittlich, sich eine — durch nichts besonders begründete — unverhältnismäßig hohe Gegenleistung auszubedingen. [2])

2. Aber nicht minder verwerflich ist es, die Notlage, den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit eines anderen zu eigenem Vorteil auszunützen.

V. Rechtsgeschäfte, die den vorgehend beschriebenen Tatbestand erfüllen, werden unter der Bezeichnung „Individual-Wucher“ zusammengefaßt, der in Gegensatz gestellt wird zum „Sozial-Wucher“. [3]) Der Individualwucher richtet sich gegen einzelne Glieder der Volksgemeinschaft. Der Sozialwucher richtet sich gegen die Volksgemeinschaft als solche. Jener unterliegt der Anwendung des § 138 Abs. 2 BGB.; dieser ist dem § 138 Abs. 1 BGB. unterzuordnen, soweit er nicht seine Regelung in Sondergesetzen findet.

Gerade der Kampf um die Ernährungsfreiheit des deutschen Volkes, um das Gelingen des Vierjahresplanes hat den Erlaß von Bestimmungen notwendig gemacht, die als Bekämpfung des Sozialwuchers zu betrachten sind. [4]) Es sind dies insbesondere die Bestimmungen, die die Überschreitung gewisser Höchstpreise verbieten für Nahrungsmittel und für die Gegenstände des täglichen Bedarfs, sowie für die Erzeugnisse der im Kampfe für den Vierjahresplan lebensnotwendigen Industrieen.

Rechtsgeschäfte, die der Durchführung des Vierjahresplanes entgegengesetzt sind, sind heute grundsätzlich als Sozialwucher widersittlich i. S. des § 138 Abs. 1 BGB., wenn sie nicht einer der vorgenannten Sonderbestimmungen unterzuordnen sind. [5])

Als frühere, inzwischen außer Kraft getretene Gesetze, die den Sozialwucher bekämpfen, sind zu nennen: [6]) „Höchstpreisgesetz“ vom 4. August 1914, Preissteigerungsverordnungen vom 23. Juli 1915,

---

[1]) Kipp: DJZ. 1916, 470.
[2]) Vgl. oben § 1 III 2 g S. 30 ff.
[3]) Enneccerus-Nipperdey: § 179 V S. 589.
[4]) Vgl. Ges. über Bestellung eines Reichskommissars für Preisüberwachung v. 5. 11. 1934 (RGBl. I, 1085). Dazu Ges. v. 4. 12. 1934 (RGBl. I, 1201). Ges. zur Durchführung des Vierjahresplanes — Bestellung eines Reichskommissars für die Preisbildung v. 29. 10. 1936 (RGBl. I, 927) als Beispiele.
[5]) Vgl. oben § 1 III 2 a. S. 27.
[6]) Im Anschluß an Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 5 S. 195 S. 196; Enneccerus-Nipperdey: § 179 V S. 590.

Kettenhandelsverordnung vom 24. Juni 1916.[1]) Eine zusammenfassende Regelung brachte die Verordnung gegen Preistreiberei vom 8. Mai 1918, die durch Gesetz vom 19. Juli 1926 aufgehoben wurde mit Ausnahme des Verbotes des Raumwuchers, der als § 49 a dem Mieterschutzgesetz eingefügt wurde.[2])

§ 3.

Die Folge des Verstoßes gegen die „guten Sitten", wenn das Rechtsgeschäft ein kausales Verpflichtungsgeschäft[3]) ist.

I. Kausale Verpflichtungsgeschäfte, die einen Verstoß wider die Sittlichkeit i. S. des § 138 BGB. enthalten, sind nichtig, gleichgültig, ob das Rechtsgeschäft den Tatbestand des Abs. 1 oder den des Abs. 2 des § 138 BGB. erfüllt.

1. Die Nichtigkeit ist eine absolute[4]) und unheilbare.[5]) Aus diesem Grunde haben widersittliche Verpflichtungsgeschäfte keinerlei Wirkung. Die Wirksamkeit kann auch nicht durch „Bestätigung" im Sinne des § 141 BGB. (Neuvornahme) begründet werden, da der Nichtigkeitsgrund der Widersittlichkeit durch eine Bestätigung nicht weggeräumt werden kann.[6])

Jedermann kann sich auf die Nichtigkeit berufen, und sie kann gegenüber jedermann geltend gemacht werden. Die Folgen der Unwirksamkeit können in ihrer Wirkung nicht dadurch beseitigt werden, daß dem die Erfüllung Verweigernden die Einrede der Arglist entgegengehalten wird.[7]) Auch wenn nur einer Partei, bei mehreren Geschäftsgenossen oder Geschäftsbeteiligten, eine Widersittlichkeit zur Last fällt, kann gerade diese Partei die Nichtigkeit geltend machen, denn ein Rechtssatz des Inhalts: „turpitudinem suam allegans non auditur"[8]) ist unserem Rechte — wenigstens in dieser allgemeinen Fassung — fremd.

---

1) Diese VO. bekämpft insbes. den Kettenhandel. Kettenhandel ist die aus Eigennutz erfolgende Verlängerung des Weges vom Erzeuger zum Verbraucher.

2) Vgl. zum Vorstehenden außer Lehmann auch Enneccerus-Nipperdey: § 179 V u. VI; bezügl. des Raumwuchers auch Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden S. 16 ff.

3) Die Trennung zwischen widersittlichen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften wird der Klarheit halber vorgenommen.

4) Staudinger: § 138 I 3. 7.

5) Staudinger a. a. O.; RGRK. § 138 Erl. 1 Abs. 1.

6) Lotmar: Vertrag S. 57; Staudinger a. a. O. mit RGZ. 64, 146 ff.

7) RGRK. a. a. O. mit RG. Warn. 1914, 273; RG. LZ. 1927, 448 Nr. 3.

8) RGRK. § 138 Erl. 1 Abs. IV a. E.

Bei mehreren schuldrechtlichen Verträgen müssen die Voraussetzungen des § 138 BGB. je besonders geprüft werden,[1]) auch wenn diese Verträge miteinander in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. Ergibt sich bei dieser Prüfung, daß nicht alle Verträge widersittlich und daher gemäß § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sind, wird sich in vielen Fällen die Nichtigkeit dieser an sich wirksamen Verträge aus § 139 BGB. ergeben, denn gerade der wirtschaftliche Zusammenhang der Rechtsgeschäfte deutet darauf hin, daß der gültige Teil der Verträge schwerlich ohne den nichtigen Teil der Verträge abgeschlossen worden sein würde. Die mehreren Verträge aber als ein Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB. zu betrachten, wird keine Schwierigkeiten bereiten, ist doch gerade Voraussetzung für die Anwendung des § 139 BGB., daß jeder „Teil" für sich ein selbständiges Geschäft darstellen könnte.[2])

2. Ist die Unsittlichkeit eine nachträgliche,[3]) kann es allerdings zweifelhaft sein, ob die Nichtigkeit eine ursprüngliche ist. Denn dann könnten Leistungen zurückgefordert werden, die zu einer Zeit erbracht wurden, da der Vertrag noch als gültig anzusehen war. Deshalb kommt Lehmann[4]) dazu, bei Eintritt der nachträglichen Unsittlichkeit jedem Geschäftsgenossen ein fristloses Kündigungsrecht zu geben. Dem kann nur zugestimmt werden, wenn die (nachträgliche) Unsittlichkeit eine einseitige ist, die sich gerade gegen den anderen Geschäftsgenossen richtet. In anderen Fällen kann das Fortbestehen des Vertrages nicht von dem Willen der Geschäftsbeteiligten abhängig gemacht werden. Denn die Nichtigkeit widersittlicher Verträge tritt kraft zwingenden Rechtes ein, und die Widersittlichkeit ist stets von Amts wegen zu berücksichtigen.[5]) Deshalb muß die Nichtigkeit auch solcher Verträge geltend gemacht werden können gegen den Willen der Parteien, sofern ein solcher Vertrag dem Richter zur Entscheidung, sei es auch wegen anderer Gründe, vorliegt.

Bezüglich des Eintritts der Nichtigkeitsfolgen ist zu unterscheiden:

a) Wenn die nachträgliche Unsittlichkeit auf der Wandlung der Moralanschauung beruht, so müßte an sich die Nichtigkeit auf den Vertragsschluß zurückwirken, denn zur Zeit der Beurteilung erscheint der Vertrag als von Anfang an widersittlich. Das wäre jedoch eine sehr strenge Regelung, insbesondere, wenn auf Grund des Vertrages schon Leistungen erbracht worden sind. Dagegen spricht, daß es den Ge-

---

1) RGRK. a. a. O.
2) RGRK. § 139 Erl. 1 Abs. I.
3) Vgl. oben § 1 III 1 b S. 24.
4) Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden S. 59 ff., 70 ff.
5) v. Mayr: Bereicherungsanspruch S. 574.

schäftsgenossen nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, daß sie den Vertrag damals abschlossen. Deshalb ist in solchen Fällen die Nichtigkeit auf den Zeitpunkt anzusetzen, zu dem die Geschäftsgenossen spätestens hätten erkennen müssen, daß das von ihnen vorgenommene Geschäft mit der Sittlichkeit in Widerspruch steht.

b) Beruht die nachträgliche Unsittlichkeit auf der Veränderung der Umstände, unter denen der Vertrag zustande kam, so ist die Entscheidung einfach. Erst wenn die Umstände sich derart geändert haben, daß der Vertrag als widersittlich erscheint, kann das Geschäft als nichtig bezeichnet werden. Denn auch vom Standpunkt des Beurteilers aus ist der Vertrag zunächst mit der Sittlichkeit vereinbar und daher wirksam.

3. Ebenso wie ein widersittliches Rechtsgeschäft i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. seinem ganzen Umfange nach nichtig ist, ist auch das Wuchergeschäft im ganzen nichtig. Ausländische Rechte kennen eine glücklichere Regelung. So kennt z. B. England ein Ermäßigungsrecht des Gerichts, und ganz ähnliche Grundsätze haben in das französische Recht Eingang gefunden.[1]) Dem deutschen BGB. aber eignet nun einmal — seinem liberalistischen Gesamtgepräge entsprechend — der in vielen Fällen wenig glückliche Grundsatz des „Alles oder Nichts".[2]) Dieser Grundsatz muß sich vielfach umso härter auswirken, als die Rechtsprechung die Grenze des Verbotenen immer weiter vorgeschoben hat;[3]) denn § 138 BGB. bekämpft ja nur das Verbotene, nicht das „Unerwünschte".[4])

Die Nichtigkeit nur auf einen Teil zu beschränken, wird nach geltendem Gesetze nicht möglich sein, obwohl die Versuche, die gemacht wurden, eine solche Lösung zu begründen, nicht selten sind.

Schon früh versuchte Hellmann[5]) zu beweisen, daß nur das sog. „wucherische Plus" nichtig sei, indem er ausführte, die Hingabe einer Summe mit der Vereinbarung der Rückgabe sei ebensowenig ein Geschäft i. S. des § 138 Abs. 2 BGB. wie die Vereinbarung normaler Zinsen. Erst die wucherische Zinsvereinbarung sei nichtig. Diese wucherische Zinsvereinbarung sei ein materiell selbständiges Geschäft neben dem Darlehen und der nicht-wucherischen Zinsvereinbarung. Nur dieses Geschäft erfülle den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB., und nur dieses Geschäft sei daher nichtig.

---

[1]) Lux: LZ. 1919, 561/62.
[2]) Vgl. Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 17.
[3]) Lange a. a. O. S. 50 ff.
[4]) Lange a. a. O. S. 52.
[5]) Hellmann: Vorträge über das BGB. Allg. Teil 1897 S. 128 ff.

Hellmann fand die Gefolgschaft von Neumann und Eccius[1]) sowie von Lux,[2]) der vor allem auf die rechtliche Behandlung der Überschreitung gesetzlich festgesetzter Höchstpreise (RGZ. 88,250) und des Kriegswuchers (RGZ. 93,106) hinweist.

II. Daß eine nationalsozialistische Rechtsreform die heute geltende Regelung nicht beibehalten wird, kann keinem Zweifel unterliegen. Das Unerfreuliche des „Alles oder Nichts" — Grundsatzes liegt auf der Hand.[3]) Die Grenze zwischen Verboten und Erlaubt ist nicht scharf und gerade, sondern flüssig und gebuchtet. Der Eigennützige wird stets versuchen, bis hart an die Grenze des Erlaubten heranzugehen; und, wenn es ihm gelingt, den Vertrag so zu gestalten, daß er gerade noch wirksam ist, so sind die Auswirkungen eines solchen Geschäftes für das Rechtsleben dennoch unerfreulich. Der Schwache wird in vielen Fällen die Nichtigkeit nicht geltend machen wollen, da er sonst vor dem völligen Nichts steht,[4]) denn selbst ein Vertrag, der seine Schwäche ausbeutet, ist in vielen Fällen für ihn nützlicher als völliges Alleinstehen. Dadurch werden Bindungen erzeugt, die dem Gesetz zuwider, dennoch im Verborgenen bestehen, zum Schaden der Gemeinschaft.

Die Regelung ist Ausdruck des dem Liberalismus eigentümlichen Mißtrauens gegenüber dem Staat und seinen Richtern. Der Richter mag dulden oder vernichten; ein Recht, gestaltend in den Vertrag einzugreifen, steht ihm jedoch nicht zu. Hier wird das neue Recht Änderungen bringen, muß es Änderung bringen.

Auch das neue Recht wird die Widersittlichkeit ablehnen; wird sie mehr bekämpfen denn je, und es wird nicht zögern, dort zu vernichten, wo das Interesse der Gemeinschaft es erfordert. Es wird in solchen Fällen die Geltendmachung der Widersittlichkeit nicht ausschließlich den Beteiligten überlassen. Denn die Gemeinschaft kann die Vernichtung des Gemeinschädlichen nicht solange hinausschieben, bis die Schädlinge, unter sich uneins geworden, dem Gerichte ihren Streit vortragen;[5]) dann würde gerade in den Fällen gefährlichster Widersittlichkeit, in den Fällen, in denen mehrere zu unsittlichem Zwecke zusammenwirken, die Nichtigkeit selten Bedeutung erlangen. Deshalb muß die Gemein-

---

[1]) Neumann: Kommentar S. 533 § 817; Förster-Eccius: Preuß. Privatr. II § 137.

[2]) Lux: LZ. 1919, 566 II 11.

[3]) Vgl. zum Folgenden Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 51 ff.

[4]) Vgl. dazu auch Stoll I S. 70, V 1 c.

[5]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 54.

schaft von sich aus das Unsittliche vernichten, auch dann, wenn die Beteiligten das Geschäft wie ein gültiges behandeln.

Darauf hat Dölle mit eindringlicher Schärfe aufmerksam gemacht, und er fordert, daß dem Staatsanwalt die Möglichkeit gegeben werde, als Wächter der Gemeinschaft das rechtsgeschäftliche Zusammenwirken zu überwachen und da einzugreifen, wo ein Interesse der Gemeinschaft es erfordert. Ebenso müsse der Staatsanwalt bei jedem Rechtsstreit, der bereits das Gericht beschäftigt, die Gemeinschaft beteiligen können durch Stellung der zur Wahrung des Gemeinwohls erforderlichen Anträge.[1])

Die Forderungen Dölles haben Beachtung und Zustimmung gefunden.[2]) Die Rechtsreform wird an ihnen nicht achtungslos vorübergehen können. Dann erst werden alle Verträge wirklich nichtig sein, die nur dem Unsittlichen dienen können.

Die Aufgabe des neuen Rechts dem Widersittlichen gegenüber wird sich aber nicht in der Vernichtung erschöpfen. Es werden vielmehr die Geschäfte, die durch Umformung der Widersittlichkeit entkleidet werden können, mit gewandeltem Inhalt aufrechterhalten bleiben. Hier erwächst dem Richter die Aufgabe, das Schlechte in Gutes umzukehren durch verantwortungsvolle Gestaltung. Widersittliche Geschäfte, die durch Umwandlung ihres sittenwidrigen Charakters entkleidet werden können, sind aber nur solche, die infolge eines im Geschäfte zum Ausdruck kommenden Eigennutzes verwerflich sind. Diese aber werden stets umgestaltet werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Grad der Widersittlichkeit ein erheblicher oder ein verhältnismäßig geringer ist.[3]) [4])

Es kann deshalb Lange[5]) nicht unbedenklich zugestimmt werden, wenn er die Umgestaltung im Gegensatz zur Vernichtung als ein Mittel bezeichnet, den „verhältnismäßig Harmlosen" vom wirklichen Feind der Sittlichkeit zu unterscheiden,[6]) ist doch der Eigennützige vielfach der schlimmste Gegner der Volksgemeinschaft.

---

[1]) Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 14/15.

[2]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 55; Stoll: I S. 70 V 1 c; Witzmann: Kritik S. 20; Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden S. 71.

[3]) Vgl. schon heute § 343 BGB.

[4]) Die Entscheidung, ob ein Vertrag umzugestalten sein wird, wird vielmehr davon abhängig sein, ob der Vertragsgenosse des unsittlich Handelnden die Umwandlung verdient.

[5]) Lange a. a. O. S. 53.

[6]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 54: „Die künstliche Zerlegung von Geschäften, die eine schwere Verletzung des Sittengebotes darstellen, das künstliche Erhalten eines billigenswerten Restes würde nur den Unsittlichen von jeder Gefahr entlasten, zu dem unangemessenen Gewinn aus dem nichtentdeckten (§ 817 S. 2) den angemessenen aus dem entdeckten sittenwidrigen Handeln gesellen. In den schweren Fällen, aber nur in diesen, muß darum das Recht mit harter Faust zupacken..."

Darin muß Lange allerdings Recht gegeben werden, daß gerade Verträge dieser Art öfter auf der Grenze zwischen Erlaubt und Verboten liegen als die übrigen widersittlichen Geschäfte. Und auch das muß festgestellt werden, daß vor allem auf dem Gebiete der allzu starken Bindung des Geschäftsgenossen die Grenze des Verbotenen immer weiter vorgeschoben wurde. Es konnte vorkommen, daß ein Geschäft nicht nichtig war, weil es widersittlich war; es wurde das Geschäft zum widersittlichen, weil es vernichtet werden sollte.[1]) Hier wird der Richter scheiden müssen zwischen „unerwünscht" und „verboten", und er wird nur das als widersittlich bezeichnen, was diese Beurteilung verdient. Denn im neuen Staate bedeutet „die Kennzeichnung eines Verhaltens als unsittlich einen schweren, die Ehre mindernden Vorwurf".[2])

Aber der Richter wird den Feind der Volksgemeinschaft — den Eigennützigen — nicht dadurch belohnen, daß er ihm durch Nichtigerklärung die völlige „Freiheit zu neuem"[3]) unsittlichem Handeln gibt. Hier wird der Richter vielmehr „aus einem Kämpfer gegen Unrecht zu einem Gestalter des Rechts" aufsteigen, „denn das Ziel des neuen Rechtes kann nicht lediglich die Vernichtung des Sittenverbotenen, es muß die Verwirklichung des Sittengebotenen sein".[4]) Dann wird der Bewucherte nicht mehr dadurch der letzten Hoffnung beraubt werden, daß der Richter alles vernichtet; der Richter wird vielmehr das Unangemessene in Angemessenes umkehren und so den wertvollen Schwachen schützen.

Dadurch werden sich auch die Reformvorschläge erledigen, die an Stelle der Nichtigkeit ein Anfechtungsrecht des Bewucherten setzen wollen.[5])

Der Monopolinhaber[6]) wird nicht mehr selbst die Verträge diktieren können, sondern er wird gezwungen werden, den Dienst, den er der Gemeinschaft kraft seiner Stellung schuldet, zu erfüllen.

Die „allgemeinen Geschäftsbedingungen" werden nicht mehr dazu mißbraucht werden können,[7]) die vom Recht gewollten Bindungen zu beseitigen, sondern die Pflicht wird wieder betont werden.

Dann wird es möglich sein, die Grenze des Verbotenen wieder zurückzusetzen und als widersittlich den zu brandmarken, der tatsächlich

[1]) Lange a. a. O. S. 53.
[2]) Stoll I S. 70, V 2; Lange a. a. O. S. 54.
[3]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 51.
[4]) Lange a. a. O. S. 52.
[5]) Enneccerus—Nipperdey: § 179 III; Staudinger: § 138 II 4.
[6]) Lehmann: Allg. Teil § 29 IV 2 d S. 193/94; Stoll I S. 68 b c.
[7]) Larenz I S. 86/87 mit Raiser; Stoll I S. 77/78 2.

gemeinschädlich handelt, und es wird nicht mehr nötig sein, den, dessen Handeln verhältnismäßig harmlos ist,[1]) „mit Mördern und Dirnen in die einzige Zelle" zu sperren, die dem Rechte heute zur Verfügung steht.[1]) (Nichtigkeit § 138 BGB.).

Der neue Staat wird aber nicht alles von sich aus regeln, wird nicht jeden Vertrag auf seine Gültigkeit prüfen. Dem einzelnen wird die Verantwortung an der Gestaltung des Gemeinschaftslebens nicht genommen werden durch den Richter. Nur dort, wo es ein wirkliches Interesse der Gemeinschaft fordert, wird der Staat in das volksgenössische Zusammenwirken gestaltend eingreifen. Und das höhere Interesse an der Erhaltung des Rechtsfriedens wird vielfach den Volksgenossen zwingen, sein Einzelinteresse zurückzustellen.[2])

§ 4.

Die Folge des Verstoßes gegen die „guten Sitten", wenn das Rechtsgeschäft ein Verfügungsgeschäft oder ein abstraktes Verpflichtungsgeschäft ist.

I. Die für § 138 Abs. 1 BGB. maßgebende Regelung.

1. Äußerst bestritten ist, ob ein Rechtsgeschäft, das eine unmittelbare Wertbewegung zum Gegenstande hat — ein sog. Verfügungsgeschäft —, oder ein Rechtsgeschäft, das eine Verpflichtung abstrakt begründet, als solche widersittlich sein können.[3])

Das BGB. hat die Verfügung[4]) abstrakt gestaltet,[5]) d. h., es läßt eine Wertbewegung vonstatten gehen, auch ohne daß eine wirksame Einigung über den Rechtsgrund vorliegt, es fordert vielmehr zur Gültigkeit der Wertbewegung nur den Willen, die Wertbewegung selbst herbeizuführen.[6])

---

[1]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 53.
[2]) Lange a. a. O.
[3]) Diese Möglichkeit leugnen außer den im Folgenden Genannten: Planck: § 817 2 b; Kohler: Arch. bürg. Recht 5, 161 ff. § 6, S. 195, der sonst in der Berücksichtigung des Widersittlichen sehr weit geht. Eccius: DJZ. 1903, 42, 1 und wohl auch v. Tuhr II, 2 S. 45; vgl. aber unten 2. (S. 61 ff.)
[4]) Was im Folgenden von der Verfügung gesagt ist, gilt auch für die abstrakte Verpflichtung, sofern nichts anderes gesagt ist.
[5]) Gegen diese Regelung hat Strohal nach Veröffentlichung des E I in eingehender sehr beachtungswerter Begründung Stellung genommen: Strohal Iher. J. 27/335 ff.
[6]) Vgl. dazu Lange: Dtsch. Recht 1935, 485 ff.

Dieser Grundsatz des BGB. wird als Beweis dafür genannt, daß ein Verfügungsgeschäft als solches der Sittlichkeit nicht widerstreiten könne.

a) So entschied das Reichsgericht in RGZ. 75,68, die Übereignung von Bordellgrundstücken sei gültig, da die Eigentumsübertragung ihrem Inhalte nach nichts Sittenwidriges an sich trage;. sie habe lediglich die Herbeiführung einer dinglichen Rechtsänderung zum Gegenstande.[1])

Gegen diese Entscheidung wendet sich Matthiessen.[2]) Er macht es dem Reichsgericht zum Vorwurf, daß es zur Bejahung der Gültigkeit der Rechtsänderung gelange, obwohl es der Entscheidung die von ihm geprägte Formel voranstelle, daß ein Rechtsgeschäft dann gemäß § 138 Abs. 1 BGB. nichtig sei, wenn der aus Inhalt, Beweggrund und Zweck erhellende Gesamtcharakter sich als widersittlich darstelle. Zweck und Motiv der abstrakten dinglichen Einigung ergäben sich zweifelsfrei nur aus dem widersittlichen obligatorischen Grundgeschäft, und der Inhalt der Eigentumsübertragung erhalte sein Gepräge vor allem durch die Bestimmung des Gegenstandes, auf den sich das Geschäft beziehe; der Gegenstand der Übertragung sei aber dieses spezielle Bordellgrundstück, wenn es auch im Auflassungsakt nur durch die Grundbuchbezeichnung gekennzeichnet werde.

Es könne also nicht bezweifelt werden, daß der Gesamtcharakter auch des Eigentumsübertragungsgeschäftes ein widersittlicher sei. Da § 138 BGB. auf alle Rechtsgeschäfte infolge seiner Eingliederung in den allgemeinen Teil des BGB. Anwendung finden müsse, könne die Eigentumsübertragung nicht wirksam sein.

Die Ausführungen Matthiessens sind nicht unbeantwortet geblieben. Schäfer[3]) und Jacoby[4]) kommen beide zur Ablehnung des von Matthiessen gefundenen Ergebnisses, wenn auch mit verschiedener Begründung.

Schäfer folgert aus § 817 BGB. die Notwendigkeit der Gültigkeit dinglicher Rechtsgeschäfte.

Jacoby glaubt, daß das Gesetz den Inhalt der dinglichen Rechtsgeschäfte — beispielsweise in § 925 BGB. — so eng bestimmt habe, daß es die formalen Willenserklärungen ohne Rücksicht auf das letzte

---

[1]) Ebenso RGZ. 63, 184; 68, 100; 75, 14; 109, 201; 111, 239; RG. Seuff. A. 78 Nr. 60.
[2]) Matthiessen: JW. 1911, 923 ff.
[3]) Schäfer: JW. 1912, 103.
[4]) Jacoby: JW. 1912, 451.

dahinterstehende Motiv für den Eintritt einer Rechtswirkung für ausreichend erkläre.

Schäfer hat schon einen Vorgänger in Förster gehabt,[1]) der ebenfalls aus § 817 BGB. zweifelsfrei entnehmen zu können glaubt, daß das dingliche Leistungsgeschäft zwar gegen „die guten Sitten“ verstoßen, nie aber aus diesem Grunde unwirksam sein könne.

Den Ausführungen dieser Schriftsteller kann nicht zugestimmt werden. Aus dem Gesetz geht in keiner Weise hervor, daß § 817 BGB. einer Anwendung des § 138 BGB. in jedem Falle entgegensteht. Zwar setzt die Anwendung des § 817 BGB. die Wirksamkeit erfolgter Wertbewegung voraus; damit ist aber nicht gesagt, daß nur § 817 BGB. das Rechtsschicksal der zu unsittlichen Zwecken übertragenen Gegenstände regele.

Noch weniger kann der Gedanke Jacobys überzeugen. Warum jene „formalen Willenserklärungen“ nicht auch dem § 138 BGB. unterstehen sollen, ist nicht ersichtlich.

Matthiessen ist vielmehr Recht zu geben. Da, wo schon die Beschaffenheit des Gegenstandes eine Übertragung verwerflich erscheinen läßt, kann eine wirksame Wertbewegung nicht stattfinden.[2]) In diesen Fällen verstößt der Inhalt des Verfügungsgeschäftes gegen die Sittlichkeit. Es ist unsittlich, wenn gesagt wird: „Wir sind darüber einig, daß das Eigentum an diesen obszönen Bildern auf den A übergehen soll“.[3]) Rechtsgeschäfte, die eine Übertragung solcher Gegenstände zum Inhalt haben, können daher nur gültig sein, wenn sich aus den Beweggründen ergibt, daß die Förderung der Widersittlichkeit, die in der Übertragung liegt, nur eine scheinbare ist.[4])

b) Man wird aber darüber hinaus bezweifeln müssen, ob ein Verfügungsgeschäft in allen anderen Fällen, d. h. also dann, wenn der Gegenstand, über den verfügt werden soll, nicht von der angegebenen Beschaffenheit ist, gültig vorgenommen werden kann.

Ja, das Reichsgericht selbst kennt eine Gruppe widersittlich nichtiger Verfügungen. In wiederholter[5]) erst kürzlich bestätigter[6]) Rechtsprechung macht das Reichsgericht dann eine Ausnahme von dem Grundsatz der Gültigkeit der Verfügungsgeschäfte, wenn gerade im

---

[1]) Förster: Recht 1905, 356; ebenso Erlanger: Der Gesetzeswiderspruch S. 56.
[2]) Werneburg: ZBlFG. 18, 373 ff. 375/6.
[3]) Vgl. RG. Recht 1904, 534.
[4]) Vgl. oben § 1 II 4 c *a*, S. 21.
[5]) RGZ. 48, 293; RG. Warn. 1913 Nr. 129, 1931 Nr. 100; Seuff. A. 84, 97 und HRR. 1933 Nr. 469.
[6]) RGZ. 145, 152; RG. JW. 1934, 2969 mit Anm. von Plum.

Leistungsgeschäft die Unsittlichkeit liegt. So erklärt es in der Entscheidung JW. 1934, 2969 die Eigentumsübertragung eines Grundstückes für nichtig, wenn die Eigentums**übertragung** eine Gegenleistung dafür darstellt, daß die Erwerberin die Scheidung durchführe.

Der Anwendung des Ausnahmesatzes des Reichsgerichts muß zugestimmt werden. Ebenso, wie es längst anerkannt ist, daß ein Willensmangel auch das Verfügungsgeschäft trifft,[1]) wenn der Willensmangel bei Vornahme der Verfügung wirksam war, so muß auch ein Verstoß gegen die Sittlichkeit die Verfügung erfassen, wenn in der Verfügung eine Widersittlichkeit liegt.[2]) Trotzdem ist die Zulässigkeit dieser vom Reichsgericht gemachten Ausnahme bekämpft worden.

So glaubt neben anderen v. Tuhr,[3]) die vom Reichsgericht in RGZ. 48,293 getroffene Entscheidung stelle eine unzulässige Durchbrechung des Abstraktionsprinzips dar.

Man darf die Abstraktheit des Verfügungsgeschäftes, dieses „Homunkulus juristischer Konstruktion", dieses „irrealen Destillates aus dem realen schuldrechtlichen Vertrage"[4]) nicht zu sehr betonen. Denn die Abkapselung des Verfügungsgeschäftes ist wirklichkeitsfremd und dem Laien kaum verständlich. Gerade, wenn das Grundgeschäft wegen eines Verstoßes gegen die „guten Sitten" nichtig ist, führt die Trennung von Grund- und Vollzugsgeschäft „zu lebensfremden dem natürlichen Rechtsgefühl widersprechenden Entscheidungen".[5]) Deshalb müssen diese Entscheidungen, wo es geht, vermieden werden; und es ist auf dem vom Reichsgericht zögernd und ausnahmsweise betretenen Wege fortzuschreiten. Man wird öfter als bisher eine Widersittlichkeit auch des Verfügungsgeschäftes anerkennen müssen.

Insbesondere wird ein Verstoß gegen die Sittlichkeit gerade dann in der Annahme der Leistung zu sehen sein, wenn Leistung und Gegenleistung des Grundgeschäftes in auffälligem Mißverhältnis zueinander stehen (vgl. oben § 1 III, g S. 30 ff. insbes. S. 32 mit RGZ. 150, 1 ff.). Erfüllt ein solches Geschäft den Tatbestand des Wuchers, so ergibt sich für die Leistung des Bewucherten die Bestätigung der Ansicht ausdrücklich aus dem Gesetz (vgl. unten II, 1 S. 66 ff.). Gleiches

---

1) RGRK. § 125 Erl. 1 c mit RGZ. 69, 13; RG. JW. 1905, 45 Nr. 4; Lehmann: Allg. Teil § 7 II d S. 167.
2) So im Ergebnis Heck, Das abstrakte Geschäft. S. 23, Anm. 1. S. 40 Z. 5 Dafür auch Strohal Jher. J. 27,402.
3) v. Tuhr: Arch. Ziv. Prax. 120, 12 in einer Erwiderung gegen Rumpf: Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff.
4) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 15.
5) Lehmann: Allg. Teil § 25 III 2 b γ, S. 153.

muß aber auch für die Annahme der Leistung des Benachteiligten dann gelten, wenn die Nichtigkeit nur auf das objektive Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung gestützt wird. Das stellt nicht eine unzulässige Analogie zu der in § 138 Abs. 2 BGB. ausgesprochenen Ausnahmevorschrift (vgl. unten S. 67/68) dar, ergibt sich vielmehr aus dem Gesichtspunkt der gerade im Leistungsgeschäft zutage tretenden Widersittlichkeit (allerdings ist das wohl auch der Rechtsgrund der Ausnahmevorschrift des § 138 Abs. 2 BGB.). Ebenso wie in diesem Falle wird in vielen anderen Fällen die Widersittlichkeit gerade im Leistungsgeschäft liegen. Ja, es fragt sich, ob nicht grundsätzlich gerade im Leistungsgeschäft die stärkere Widersittlichkeit zu erblicken ist.

Der verantwortungsvoll Prüfende wird nicht behaupten können, daß es weniger verwerflich sei, einen Vermögensvorteil entgegenzunehmen, nachdem der Empfänger die Religion gewechselt hat, als sich aus gleichem Grunde einen Vermögensvorteil versprechen zu lassen. Der Richter wird es niemandem klarmachen können, daß es zwar widersittlich sein soll, sich zur Übereignung von Bordellmobiliar zu verpflichten, daß es aber mit der Sittlichkeit vereinbar sein soll, diese Möbel zu übereignen. Auch der Jurist wird zugeben müssen, daß durch die Übereignung der Widersittlichkeit mehr Vorschub geleistet wird, als durch die Verpflichtung zur Übereignung.

Hat man einmal anerkannt, daß auch eine Verfügung dann widersittlich und deshalb nichtig sei, wenn gerade in der Verfügung der Verstoß wider die Sittlichkeit liegt, dann wird es nicht schwer fallen, diese Ausnahme nicht allzu ängstlich zu handhaben, und man möchte fast geneigt sein, die Ausnahme zur Regel zu erheben. Diese Gedanken sind früher schon vorgetragen worden und wurden in neuester Zeit immer stärker betont. Dernburg[1]) lehrte von Anfang an, die Unsittlichkeit des Grundgeschäftes habe die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes zur Folge. Rumpf wandte sich in seinem Aufsatze „Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB.“ [2]) gegen die damals noch fast unbestrittene Meinung der ausnahmslosen Wirksamkeit der Verfügung und forderte die Nichtigkeit von Verfügungsgeschäften, die auf Grund widersittlicher Kausalvereinbarung vorgenommen wurden. Auch v. Mayr[3]) scheint den Standpunkt zu vertreten, Verfügungen auf Grund widersittlicher Verpflichtung seien grundsätzlich nichtig. Mitteis[4]) nahm eine vermittelnde Stellung ein.

---

1) Dernburg: Bürgerliches Recht I § 125 I S. 374; II 2 § 379 II S. 733.
2) Rumpf: Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff.
3) v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch S. 575.
4) Mitteis: Festschr. f. Wach. S. 22, 39.

Widersittliche Verpflichtungen — so lehrte er — seien stets nichtig, gleichgültig, ob sie abstrakt oder kausal begründet seien. Verfügungen dagegen seien trotz Unsittlichkeit ihrer causa regelmäßig gültig. Nur dann, wenn die ratio legis, welche bei Verpflichtungsgeschäften die Nichtigkeit fordere, ausnahmsweise bei Verfügungen zutreffe, sei auch das Verfügungsgeschäft nichtig.[1] Mitteis hat in vollem Umfange die Gefolgschaft Staudingers gefunden.[2] Die Lehrer des neuen Rechtsdenkens sind sich — mit Ausnahme von Dölle[3] — weitgehend darin einig, daß die abstrakte Gestaltung des Verfügungsgeschäftes verfehlt sei.

Heck[4] untersucht insbesondere die Anwendbarkeit des § 138 BGB. auf abstrakte Verfügungsgeschäfte und kommt zu dem Ergebnis, daß § 138 BGB. ebenso auf abstrakte Verfügungsgeschäfte wie auf kausale Verpflichtungsgeschäfte Anwendung finden müsse.[5]

Heck gelangt zu dieser Lösung, indem er zwei Fragen untersucht:

α) ob eine dingliche Rechtsänderung geeignet sei, die Sittlichkeitsinteressen in der durch § 138 BGB. verpönten Art zu verletzen und ob,

β) sofern das zu bejahen sei, Veranlassung vorliege, diese Sittlichkeitsinteressen geringer zu werten als das durch die Selbständigkeit der Verfügungen geschützte Verkehrsinteresse.

Die Beantwortung der ersten Frage kann nicht zweifelhaft sein. Unbedenklich muß bejaht werden, daß z. B. die Verpflichtung zur Übertragung einer Kiste Sprengstoff, deren Inhalt für ein Attentat bestimmt ist, nicht weniger widersittlich sein kann, als die Übertragung der Kiste selbst, und daß die Rechtsordnung der Widersittlichkeit Vorschub leisten würde, wenn sie auf den Erwerber (Attentäter) Eigentum übergehen ließe. Das wird besonders deutlich in Fällen, in denen ein Nichtberechtigter über eine Sache verfügt und der Erwerber gutgläubig (i. S. des § 932 BGB.) ist. Hier müßten bei strenger Durchführung des abstrakten Prinzips dem Erwerber die zu widersittlichem Vorhaben erworbenen Gegenstände belassen werden, ohne daß der frühere Eigentümer sein Eigentum zurückerhalten könnte.[6] Aber auch die Beantwortung der zweiten Frage kann nur in einer Richtung hin

---

1) Solche Ausnahmen erkennt er an für sog. „langgestreckte Verfügungen"; das sind solche Verfügungen, die in die Zukunft wirken, wie z. B. die Abtretung künftiger Forderungen.
2) Staudinger § 138 II 7.
3) Dölle: Schmollers Jahrb. Heft 5 S. 19/20 2 c.
4) Heck: Sachenrecht S. 122 9.
5) Heck a. a. O. S. 122 9 a am E. S. 123 9 b am E.
6) Vgl. zum Vorhergehenden Heck: Sachenrecht S. 122 9 a.

erfolgen. Die Verkehrsinteressen, deren Schutz die abstrakte Gestaltung dient, gehen nur den „Abwehrinteressen des Verlierers bei Erfolgsvereitelung" vor.[1]) Die Sittlichkeitsinteressen dagegen können diesen Verkehrsinteressen nicht untergeordnet werden. Das ergibt schon ein Schluß vom Schwächeren auf das Stärkere. Wenn Willensmängel und der Schutz des Bewucherten (beim Individualwucher unt. § 4 II, 1 S. 66) der Wirksamkeit von Verfügungsgeschäften entgegenstehen, dann muß der Wirksamkeit erst recht die Verletzung von Sittlichkeitsinteressen, die vor allem die Gemeinschaft berühren, entgegenstehen.[2])

Den Schlußfolgerungen Hecks ist zuzustimmen. Dagegen können auch die (mehr formalen) Gründe der Gegner nicht angeführt werden, die sich auf § 817 BGB.[3]) oder auf den abstrakten, ethisch indifferenten Inhalt der Verfügungsgeschäfte[3]) berufen.

Heck hat die Gefolgschaft von Stoll[4]) gefunden, der mit ähnlicher, wenn auch ungleich kürzerer Begründung wie Heck die Anschauung, daß nur das kausale Rechtsgeschäft unsittlich sein könne, „für einen Trugschluß unzulässiger Inversionsmethode" hält.[5])

Larenz[6]) läßt keinen Zweifel darüber, daß die Ergebnisse der herrschenden Lehre gerade bei einem sittenwidrigen Geschäfte wenig glücklich seien. Besonders sei es die Behandlung der Leistung des Bewucherten, die die Ergebnisse dieser Lehre wenig verständlich erscheinen ließen.

Nach dem Vorgetragenen wird man anerkennen müssen, daß schon nach geltendem Rechte § 138 Abs. 1 BGB. auch auf Verfügungsgeschäfte Anwendung finden kann, wenn gerade durch die Verfügung die Sittlichkeitsordnung in stärkerem Maße verletzt wird, als durch die Verpflichtung.

Diese Grundsätze können umso bedenkenloser verwirklicht werden, als Lange[7]) und Heck[8]) nachgewiesen haben, daß nach unserem Rechte die abstrakte Gestaltung des Wertbewegungsgeschäftes, die in keiner Weise im Wesen des Rechtes begründet liegt,[9]) überflüssig ist.

---

1) Heck a. a. O. S. 123 9 b.
2) Heck a. a. O.
3) Vgl. oben S. 51 (Schäfer und Jacoby).
4) Stoll I S. 68 III 2 d.
5) Vgl. auch Hubernagel NS-Handb. S. 971 ff. 3 I S. 974 II 1 S. 976.
6) Larenz I S. 83/84.
7) Lange: Dtsch. Recht 1935, 485 ff.
8) Heck: Das abstrakte Geschäft.
9) Heck: Das abstrakte Geschäft S. 8 Z. 4, S. 12 Z. 4 a. E. Z. 5, S. 27 Z. 3.

Die abstrakte Gestaltung wird ebensowenig gerechtfertigt durch ihre materielle Auswirkung als durch eine (angebliche) Förderung der Klarheit der Rechtslage oder eine Erleichterung der Beweisführung im Prozesse.

α) Was die materiellrechtliche Wirkung des vom Rechtsgrunde gelösten Wertbewegungsgeschäftes anbetrifft, so ist zu unterscheiden:

aa) Der Ersterwerber [1]) ist zur Herausgabe verpflichtet, und ein Unterschied von praktischer Erheblichkeit gegenüber der „kausalen Gestaltung" [2]) ergibt sich nur bezüglich der Haftung, die nach BGB. eine — in rechtspolitischer Hinsicht — fragwürdige [3]) Sonderregelung [4]) erfahren hat, für den gegen den Nichteigentümer gerichteten Herausgabeanspruch. [5])

Auf der anderen Seite ist die abstrakte Gestaltung jedoch mit mehrfachen Nachteilen für den Veräußerer verknüpft, die auch schon im Verhältnis zum Ersterwerber zutage treten.

Diese Nachteile zeigen sich einmal hinsichtlich des geringeren strafrechtlichen [6]) und strafprozessualen [7]) Schutzes der Rechtslage [8]) des Veräußerers, zeigen sich zum andern und vor allem im Verhältnis zu den (Konkurs-)Gläubigern des Ersterwerbers. [9]) Hier kann der Veräußerer eine Einbuße an seinem Vermögen erleiden, die eine nicht gerechtfertigte Bereicherung jener Gläubiger darstellen würde.

Bei kausaler Gestaltung bliebe sein Recht auf Herausgabe jedoch in jedem Falle unberührt, und Rechte würden den Inhaber überhaupt nicht wechseln. Die „Verneinung grundloser dinglicher Rechtsänderung" [10]) kann daher als die allein gerechte Regelung des Ersterwerbers bezeichnet werden.

bb) Die Verfechter der abstrakten Gestaltung berufen sich allerdings auch nicht auf die durch diese Gesetzesentscheidung bewirkte Bevorzugung des Ersterwerbers und seiner Gläubiger. Es werden vielmehr die Interessen der Rechtsnachfolger des Ersterwerbers und deren Gläubiger als Begründung dafür benannt, daß das Verfügungsgeschäft abstrakt gestaltet werden müsse. [11])

---

1) Heck a. a. O. § 4 S. 17 ff.
2) Heck a. a. O. S. 2.
3) Heck a. a. O. S. 10 Z. 2; Grundriß des Sachenrechts § 68 Z. 10/11 S. 286/87.
4) §§ 986 ff. BGB.
5) Heck: Sachenrecht §§ 67/68 S. 278 ff.
6) Unterschlagung.
7) Einziehung.
8) Heck: Das abstrakte Geschäft S. 18 Z. 3.
9) Heck a. a. O. S. 18/19 Z. 4.
10) Heck a. a. O. S. 10 Z. 2
11) Heck a. a. O. § 5 S. 20 ff.

Dagegen ist zu sagen, daß die Rechtsnachfolger und damit deren Gläubiger in ihrer Rechtsstellung durch die Bestimmungen der §§ 932 ff., 892 BGB. und Art. 16 WO. u. a. geschützt werden: Sachen können gutgläubig erworben werden; und ebenso können Rechte, die an Rechtszeichen geknüpft sind, das sind die mittelbaren Sachenrechte,[1]) und Forderungsrechte, die mit Umlaufspapieren verbunden sind,[2]) „kraft öffentlichen Glaubens" [3]) dem Berechtigten durch einen Dritten entäußert werden.

Dieser Schutz gutgläubiger Dritter besteht unabhängig von der abstrakten Gestaltung des Verfügungsgeschäftes und liegt im Vertrauen auf den Rechtsschein begründet. [4]) Dölle [5]) hat allerdings zu bedenken gegeben, ob bei kausaler Gestaltung nicht auch die Grundlagen des Rechtsscheins eine breitere Basis erhalten müßten, denn geltendem Rechte nach ziehe der Rechtsschein doch wohl seine Kraft wesentlich aus der Unabhängigkeit der Verfügungsgeschäfte.

Die Bedenken Dölles können nicht durchschlagen, und Dölle selbst scheint die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens der kausalen Gestaltung und des Erwerbes kraft guten Glaubens vom Nichtberechtigten anzuerkennen. [6]) Gewiß wird es einige Ausnahmen mehr geben vom grundsätzlichen Zusammentreffen des Rechtsscheins und der wahren Berechtigung, z. B. von der Regel, daß der Besitzer der materiell Berechtigte ist, aber in den weitaus meisten Fällen wird auch bei kausaler Gestaltung der Besitzer der wahre Berechtigte sein. [7])

In Fällen, in denen ein Erwerb kraft guten Glaubens möglich ist, wird also auch bei kausaler Gestaltung des Verfügungsgeschäftes der Zweiterwerb zur Berechtigung führen können, auch wenn dem Ersterwerb der Rechtsgrund mangelte. Insoweit wird kein Unterschied zwischen kausaler und abstrakter Gestaltung bestehen. Ein solcher wird sich vielmehr nur in den Fällen ergeben, wo eine Rechtsnachfolge kraft Gesetzes von statten geht oder im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen wird oder zwar auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, aber unter Kenntnis (§ 892 BGB.) bzw. grobfahrlässiger Nichtkenntnis (§§ 932

[1]) Heck a. a. O. S. 56 Z. 6.
[2]) Heck a. a. O. S. 56 Z. 7.
[3]) Heck a. a. O.
[4]) Lange: Dtsch. Recht 1935, 487; Heck a. a. O. S. 21 Z. 3, S. 22 Z. 4.
[5]) Dölle: DJZ. 1934, 1022 in einer Besprechung zu Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht.
[6]) Dölle: DJZ. 1934, 1022: „Läßt man aber diese Bedenken nicht gelten und geht davon aus, daß in der Regel bei einer Vermögensverschiebung das Grundgeschäft in Ordnung ist...."
[7]) Lange: Dtsch. Recht 1935, 487.

ff. BGB., Art. 16 WO. u. a.) des Rechtsgrundmangels des Ersterwerbes erfolgt.[1])

In all diesen Fällen wird bei kausaler Gestaltung der Zweiterwerber nicht zum Berechtigten, während nach geltender, abstrakter Gestaltung das Vorliegen eines Rechtsgrundes (an und für sich) unerheblich ist.[2])

Bezüglich der gesetzlichen und der erzwungenen Rechtsnachfolge bedarf es nur der Feststellung, daß hier kraft ausdrücklicher Gesetzesnorm der Nachfolger nicht mehr Rechte erwerben soll als sein Vorgänger. Hinsichtlich der rechtspolitischen Würdigung muß insoweit auf das unter aa S. 57 Ausgeführte verwiesen werden.[3]) Aber es wird auch nicht gegen die kausale Gestaltung sprechen, daß dem bezüglich des Rechtsgrundes des Vorerwerbs Bösgläubigen die Berechtigung versagt wird. Schon nach geltendem Rechte wird ein solcher Erwerb sich häufig als Delikt darstellen, wenn der Nachfolger den Mangel des Rechtsgrundes positiv kennt, und der Erwerber wird auch bei abstrakter Gestaltung zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet sein.[4]) Ein Unterschied wird in diesen Fällen also nur in Hinsicht auf die Rechtsstellung gegenüber den Gläubigern des Zweiterwerbers bestehen. Aber eine Bevorzugung dieser Gläubiger zu Ungunsten des ohne Rechtsgrund handelnden Erstveräußerers kann ebensowenig gutgeheißen werden wie die Bevorzugung[5]) der Gläubiger des Ersterwerbers (aa).

Daß bei Erwerb von beweglichen Sachen und von Rechten, die mit Rechtszeichen verknüpft sind, schon grobfahrlässige Unkenntnis des Rechtsgrundmangels den Übergang der Berechtigung bei kausaler Gestaltung ausschließt, kann nicht als Nachteil gegenüber der geltenden Regelung bezeichnet werden. Wenn namentlich dagegen geltend gemacht wird, daß durch diese Möglichkeit für jeden die Pflicht erwachse, die Rechtsgründe für den Erwerb seines Vormannes nachzuprüfen,[6]) so muß dem entgegengehalten werden, daß man von grober Fahrlässigkeit erst dann wird reden können, wenn ernstliche Zweifel an der Wirksamkeit des Rechtsgrundes des Vorerwerbs auftreten und ein Hinwegsetzen über diese Zweifel „von dem Leben stark mißbilligt" werden würde.[7]) Daß dann der Erwerber nicht schutzwürdig ist, unterliegt

---

[1]) Heck a. a. O. S. 22 Z. 4.
[2]) Heck a. a. O. S. 22/23 Z. 5.
[3]) Heck a. a. O. S. 22 Z. 4.
[4]) Heck a. a. O. S. 23 Z. 6.
[5]) Heck a. a. O. S. 23/24 Z. 6 a. E.
[6]) Vgl. Heck a. a. O. S. 24 Z. 7.
[7]) Heck a. a. O. S. 24 a. E. Z. 7.

keinem Zweifel,[1]) und „ein Gesetzgeber, welcher danach strebt, lebensnahe Rechtsnormen zu gewinnen",[2]) wird diesen heute zu Unrecht bestehenden Schutz beseitigen.

β) Die Begründung, die abstrakte Gestaltung sei notwendig im Interesse größerer Klarheit der Rechtslage, kann bei näherer Prüfung ebenfalls nicht befriedigen.

aa) Auszuscheiden hat von vornherein der von den Motiven (III, 6 ff.) angegebene Gesichtspunkt der Notwendigkeit der scharfen Trennung schuldrechtlicher und sachenrechtlicher Geschäfte. Dieser systematische Vorzug kann der kausalen Gestaltung nicht entgegenstehen, wenn sich diese Lösung als die rechtspolitisch wünschenswertere ergibt. Zudem kann der angeführte Grund nur für die Abstraktheit dinglicher Verfügungsgeschäfte herangezogen werden. Verfügungsgeschäfte über Forderungen und andere nicht sachenrechtliche Rechte haben auch nach geltendem Recht ihren Platz im Schuldrecht.[3])

bb) Beachtenswerter ist die Begründung der neueren Literatur,[4]) die nicht auf die zu erzielende Klarheit der Systematik, sondern auf die größere Einfachheit der konkreten Rechtsverhältnisse hinweist. Durch die abstrakte Gestaltung würde in möglichst vollkommenem Maße dem Zweifel gesteuert, wer im einzelnen Falle der Inhaber dinglicher oder sonstiger Rechte sei. Wenn dieser Vorzug tatsächlich gegeben sein sollte, so hat er doch keine allzu große Bedeutung. Denn in der Praxis wird es keinen erheblichen Unterschied machen, ob eine Sache den Eigentümer gewechselt hat und nur ein obligatorischer Herausgabeanspruch besteht, oder ob das Eigentum bei dem Veräußerer geblieben ist und ein dinglicher Herausgabeanspruch gegeben ist. Dadurch wird die Rechtslage nicht wesentlich kompliziert. Ebensowenig kann es als bedeutsame Erschwerung des Rechtsverkehrs angesehen werden, wenn das Grundbuch unrichtig ist und nur der Berichtigung bedarf, als wenn das Grundbuch richtig ist und dem Veräußerer ein obligatorischer Anspruch auf Rechtsänderung und Eintragung zusteht. In jedem Falle stehen bei kausaler Gestaltung einem nachfolgenden Erwerb Dritter die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten zur Seite.[5]) Gleiches gilt für die mit einem Rechtsschein verknüpften Forderungsrechte und mittelbaren Sachenrechte.

---

[1]) Heck a. a. O. S. 25 Z. 7.
[2]) Heck a. a. O.
[3]) Heck a. a. O. S. 26 ff. § 3 S. 58 ff. § 14.
[4]) Vgl. Heck a. a. O. S. 29 § 7 Anm. 1 u. 3.
[5]) Heck a. a. O. S. 30 Z. 3.

γ) Als weiterer Vorzug der abstrakten Gestaltung wird die Erleichterung des Beweises dinglicher Rechte und vor allem des Grundbuchverfahrens genannt.[1]) Die Meinung, die dieses vorbringt, übersieht, daß von der Entscheidung für oder gegen kausale Gestaltung ebensowenig das Problem der Beweisverteilung,[2]) als die Frage der Voraussetzung einer Eintragung in das Grundbuch abhängt.[3]) Diese Probleme bilden selbständige Gebiete. Sie können daher zur Begründung der Notwendigkeit abstrakter Gestaltung nicht herangezogen werden.

Aus dem Vorgetragenen (α, β, γ) ergibt sich, daß eine nationalsozialistische Rechtsreform nicht an der abstrakten Gestaltung der Verfügungsgeschäfte festhalten wird. Im Interesse einer Verwirklichung volksnahen und gerechten Rechtes wird diese juristische Konstruktion fallen müssen.

Heck macht am Ende[4]) seiner Ausführungen konkrete Vorschläge, in welcher Form die kausale Gestaltung etwa im Gesetz zum Ausdruck zu bringen sei. Darauf braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Nur das sei erwähnt, daß auch eine gegenseitige Abhängigkeit von Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft in unserem Rechte nicht wie im französischen und englischen Rechte dazu führen wird, die Kausalvereinbarung zur Wirksamkeit der Verfügung ausreichen zu lassen. Auch das neue Recht wird für die Verfügung ein besonderes Verfügungsgeschäft fordern; nur wird die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäftes von der Wirksamkeit der zugrundeliegenden causa abhängig sein. Diese Gestaltung wird erforderlich sein, um den im Interesse des Verkehrs dann erst recht notwendigen Erwerb vom Nichtberechtigten auf Grund des Rechtsscheins zu ermöglichen.

2. Ist das Verpflichtungsgeschäft wegen Verstoßes gegen die „guten Sitten" nichtig, das Verfügungsgeschäft aber wirksam, so wird es auch noch der Prüfung bedürfen, ob nicht die Wirksamkeit der causa Bedingung für die Wirksamkeit der Verfügung ist, oder ob sich nicht Verpflichtung und Verfügung als einheitliches Geschäft i. S. des § 139 BGB. darstellen. Man wird diese Möglichkeit nicht mit Breyhan[5]) und Förster[6]) schlechthin verneinen können.

a) Mit Ausnahme der bedingungsfeindlichen Verfügungen (insbesondere § 925 BGB.) wird es möglich sein, die Wirksamkeit des

---

[1]) Heck a. a. O. S. 31 ff. § 8 S. 34 ff. § 9.
[2]) Heck a. a. O. S. 31 ff. § 8.
[3]) Heck a. a. O. S. 34 ff. § 9.
[4]) Heck a. a. O. § 15 insbes. S. 66 Z. 6.
[5]) Breyhan: Abstrakte Übereignung S. 137.
[6]) Förster: Recht 1905, 356 ff.

Verpflichtungsgeschäftes im angegebenen Sinne zu einer condicio in praesens collata[1]) zu erheben. Breyhan[2]) glaubt, daß eine solche Gestaltung des Verfügungsgeschäftes unzulässig sei, denn das im Gesetz enthaltene Gebot der abstrakten Behandlung von Verfügungsgeschäften führe zu einer Einschränkung der Zulässigkeit der Parteibedingung (und der Anwendung des § 139 BGB.[2]). Die Auffassung des Gesetzes von der Übereignung, überhaupt von allen Übertragungsakten des Sachenrechts und des Schuldrechts als abstrakte Geschäfte beweise die Stellung und der Wortlaut der §§ 873, 925, 929 und vor allem das abschließend aufgebaute Konditionensystem.[3]) Auch das Reichsgericht lehne die Möglichkeit der Vereinbarung einer Bedingung ab und bekämpfe die Anwendbarkeit des § 139 BGB.[4]) Breyhan kann nicht zugestimmt werden:

Was zunächst die Stellung des Reichsgerichts angeht, so erkennt das Reichsgericht sehr wohl die Möglichkeit einer solchen Bedingung an.[5]) Es wäre auch schwierig, eine befriedigende Begründung für eine Lösung im Sinne Breyhans zu geben. Die von diesem vorgebrachten Beweise können jedenfalls nicht überzeugen und ebensowenig die im Grunde gleiche Argumentation Försters: daß es dem dinglichen Geschäfte seiner Natur nach widerstrebe, mit obligatorischen Elementen vermischt zu werden.[6])

Die Möglichkeit einer solchen Bedingung muß anerkannt werden. Schwierigkeiten bereitet nur die Feststellung, wann eine solche Bedingung vorliege. Nicht nur dann, wenn die Abhängigkeit der Verfügung von der Verpflichtung ausdrücklich zum Geschäftsbestandteil gemacht wurde,[7]) wird eine derartige Vereinbarung angenommen werden müssen; man wird auch in anderen Fällen dann auf einen dahingehenden Parteiwillen schließen dürfen, wenn die gesamten Umstände, unter denen der Vertrag zustande kam, darauf hindeuten.[8]) Die Umstände werden insbesondere dann darauf hindeuten, wenn Grundgeschäft

---

1) Werneburg: ZBlFG. 18, 379 I mit Planck. § 138 1 b. Neubecker: Arch. bürg. Recht 22, 68 § 3; Enneccerus—Nipperdey: § 139 5 b α, § 178 II 3; v. Tuhr II, 2 S. 45. Heck: Sachenrecht S. 121, 7; Heck: Das abstrakte Geschäft S. 39 Z. 3.

2) Breyhan a. a. O. S. 137.

3) Breyhan a. a. O. S. 21.

4) Breyhan a. a. O. S. 136.

5) RG. JW. 1934, 3124 Nr. 3 II; RGRK. § 125 1 c mit RGZ. 57, 95.

6) Förster: Recht 1905, 956 ff.

7) So v. Tuhr II, 2 S. 45.

8) Staudinger I Einleitung zu III Abschnitt, Rechtsgeschäfte V E 2 g S. 488.

und Verfügungsgeschäft in unmittelbarer zeitlicher Aufeinanderfolge zustande kommen. Freilich muß darauf hingewiesen werden, daß es denkbar ist, daß sich die Parteien der Möglichkeit der Nichtigkeit des Kausalgeschäftes nicht bewußt werden; in diesen Fällen wird die Annahme einer Bedingung Schwierigkeiten bereiten.[1]) Auf dem Gebiete der sittenwidrigen Geschäfte wird das Bewußtsein der möglicherweise gegebenen Nichtigkeit jedoch nicht allzu selten sein.

b) An sich wirksame Verfügungsgeschäfte, die bedingungsfeindlich sind, können ebenso wie andere Verfügungsgeschäfte dann wegen Nichtigkeit der zugrunde liegenden Verpflichtung ihrerseits unwirksam sein, wenn Verfügung und Verpflichtung so eng miteinander verknüpft sind, daß sie als einheitliches Geschäft i. S. des § 139 BGB. anzusehen sind.[2])

Dafür hat sich insbesondere Heck[3]) mit überzeugender Begründung eingesetzt. Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des § 139 BGB. stehe der vorgetragenen Ansicht entgegen. Die allgemeine Unterstellung der dinglichen Rechtsgeschäfte unter die Geschäftsnormen des allgemeinen Teils führe zur Anwendbarkeit des § 139 BGB. Dieses Ergebnis entspreche auch dem gerechten Ausgleich der widerstreitenden Interessen der beteiligten Rechtsgenossen. Die abstrakte Gestaltung des Verfügungsgeschäftes sei durch die Interessen des Verkehrs begründet. Zwar befreie diese Gestaltung, beispielsweise bei der Veräußerung einer Sache, von der Prüfung der Wirksamkeit des Kausalgeschäftes, das den damaligen Grund für den Erwerb des jetzigen Veräußerers bildete. Das dingliche Erwerbsgeschäft aber müsse geprüft werden, soweit nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs und die Besitzlage davon befreie. Wenn aber ein einheitlicher Lebensvorgang zugleich dingliches Geschäft und obligatorisches Geschäft umfasse, so werde dem Dritterwerber durch die Anwendung des § 139 BGB. keine erneute Prüfungspflicht auferlegt. Die ratio legis für die Zurückdrängung der Interessen des bei abstrakter Gestaltung Geschädigten treffe daher nicht mehr zu.

---

[1]) Lenel Arch. Ziv. Prax. 79, 53.

[2]) Enneccerus—Nipperdey: § 178 II 3 S. 582 will § 139 BGB. analog anwenden. Vgl. ferner Heck: „Das abstrakte Geschäft" S. 38 Z. 3 und die dort Anmerkung 2 Zitierten.

[3]) Heck: Sachenrecht S. 121 8.

Während ein Teil der Rechtslehre zu dem gleichen Ergebnis[1]) gelangt, wie Heck, lehnen andere, insbesondere v. Tuhr,[2]) die Anwendung des § 139 BGB. für kausales Verpflichtungs- und abstraktes Verfügungsgeschäft ab. Die Unanwendbarkeit des § 139 BGB. ergebe sich aus der abstrakten „Natur" der Verfügungen. Verpflichtung und Verfügung könnten ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB. nicht bilden.

Auch das Reichsgericht steht der Anwendung des § 139 in diesem Zusammenhange mit Mißtrauen gegenüber. Zwar fordert es zur Anwendung des § 139 BGB. mehrere „Teile", die als selbständige Rechtsgeschäfte denkbar sind,[3]) doch bejaht es die Tatbestandsmäßigkeit des § 139 BGB. regelmäßig dann nicht, wenn die mehreren Rechtsgeschäfte aus Verpflichtung und Verfügung gebildet werden.[4]) Zwar glaubt Werneburg, eine Entscheidung nennen zu können, bei der das Reichsgericht die Möglichkeit solch einheitlicher Betrachtungsweise bejaht habe:[5]) die Entscheidung RGZ. 78, 43. Doch ist die Stellungnahme des Reichsgerichts auch hier keine eindeutige, die Entscheidung muß daher als Beweismittel außer Betracht bleiben.

Dagegen hat das Reichsgericht mehrfach klar ausgesprochen, daß § 139 BGB. keine Anwendung finde bei nichtigen obligatorischen Verträgen und (an sich) gültigen Verfügungen.[6]) Noch kürzlich erging wieder ein solches Urteil.[7])

Gegen dieses Urteil hat Süß[8]) Stellung genommen. In dem entschiedenen Falle handelte es sich darum, ob eine Grundschuld gültig sei, die der Sicherung eines nichtigen Kreditabkommens diene. Das Reichsgericht hat die Anwendung des § 139 BGB. aus grundsätzlichen Erwägungen abgelehnt; das aber, so glaubt Süß, stelle eine Verkennung der Voraussetzungen des § 139 BGB. dar. Kreditabkommen

---

1) Enneccerus—Nipperdey § 189 Anm. 17; Planck § 138 3 b β; § 873 III 4, 5 b; Staudinger I Einl. z. 3. Abschn. Rechtsgeschäfte V E 2 g (S. 488); RGRK. § 125 Erl. 1 c (a. A.: RGRK. § 873 Erl. 7 b); André: Festg. f. Ludw. Enneccerus (1913) S. 17 ff.; Kretzschmar: Recht 1910, 79; Nissen, JW. 1904, 348; Kaufmann, JW. 1904, 349; Werneburg, ZBlFG. 18, 337 ff. II insbes. 385.

2) v. Tuhr II, 1 S. 186, II, 2 S. 45. Im Ergebnis mit v. Tuhr übereinstimmend RGRK. § 873 Erl. 7 b; Marcuse, Gruch. 66, 159; Staffel: Sächs. A. 9, 361 ff., 366 ff.

3) RGZ. 50, 169; 81, 51; 94, 148; 97, 275.

4) RGZ. 78, 44; RG. Gruch. 62, 640; a. A.: RG. Warn. 1912 Nr. 360.

5) Werneburg: ZBlFG. 18, 373 ff. II. S. 383, 84.

6) RGZ. 57, 95; 66, 390 RGJW. 1911, 653 Nr. 25 u. die Anm. 3 genannten Entscheidungen.

7) RG. JW. 1934, 3124 Nr. 3.

8) Süß in Anm. zur angegebenen Entscheidung.

und Grundschuldbestellung könnten miteinander nach dem Willen der Beteiligten so eng zu einem Gesamtgeschäfte verbunden werden, daß das eine Geschäft nicht ohne das andere gewollt sei. Dabei sei nicht die Abstraktheit des dinglichen Geschäftes und der Grundschuld insbesondere, sondern einzig und allein der Parteiwille maßgebend. Das gehe schon daraus hervor, daß die Möglichkeit nicht bezweifelt werden könne, die Gültigkeit des obligatorischen Kausalgeschäftes zur Bedingung für die Wirksamkeit des dinglichen Geschäftes zu machen. Die gegenteilige Ansicht [1]) beruhe lediglich auf einer Überschätzung des an sich schon unvolkstümlichen abstrakten Geschäftes. Süß ist im Ergebnis zuzustimmen. Obligatorisches Kausalgeschäft und abstraktes Verfügungsgeschäft können zusammen ein Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB. bilden, wenn ein dahingehender Parteiwille festzustellen ist. Bedenklich erscheint es lediglich, diesen Parteiwillen als stillschweigende „Bedingung" zu bezeichnen, denn dann bleiben bedingungsfeindliche Verfügungsgeschäfte ungeregelt. Ja, § 139 BGB. wird gerade dann Anwendung finden können, wenn eine Bedingung kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, [2]) oder wenn die Möglichkeit des Vorliegens einer Bedingung deshalb verneint werden muß, weil die Parteien an die Möglichkeit einer Unwirksamkeit nicht gedacht haben. Es können sehr wohl zwei Rechtsgeschäfte zu einem Gesamtgeschäft verbunden werden, ohne daß die Geschäftsbeteiligten sich der Möglichkeit der Nichtigkeit eines Teiles dieses Gesamtgeschäftes bewußt werden. Ergibt sich dann später die Nichtigkeit eines Teiles, so muß § 139 BGB. schon dann Anwendung finden, wenn rückschauend festgestellt werden kann, daß bei Kenntnis der Nichtigkeit keiner der verschiedenen Teile des Gesamtrechtsgeschäfts vorgenommen sein würde.

Für die Frage, unter welchen Voraussetzungen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft als Gesamtgeschäft i. S. des § 139 BGB. anzusehen sind, werden dieselben Gesichtspunkte maßgebend sein, die oben für die Feststellung des Vorliegens einer stillschweigenden Bedingung genannt wurden. Insbesondere wird § 139 BGB. dann Anwendung finden können, wenn Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft uno actu vorgenommen wurden.

3. Es sei kurz zusammengefaßt, unter welchen Umständen ein Verstoß gegen die Sittlichkeit i. S. des § 138 Abs. 1 BGB. der Wirksamkeit von Verfügungsgeschäften entgegensteht:

---

[1]) RGRK. § 873 Erl. 7 b; v. Tuhr II, 1 S. 186; v. Tuhr II, 2 S. 45.
[2]) Heck, Sachenrecht S. 228, 3.

a) Verfügungsgeschäfte sind unwirksam, wenn das Verfügungsgeschäft selbst einen Verstoß gegen die Sittlichkeit enthält;

b) wenn zwar der Verstoß gegen die Sittlichkeit das Verfügungsgeschäft in seiner Gültigkeit nicht unmittelbar berührt, aber das der Verfügung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft gemäß § 138 Abs. 1 BGB. nichtig ist und

α) entweder die Wirksamkeit der Verpflichtung zur Bedingung der Gültigkeit der Verfügung gemacht wurde oder

β) Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft ein einheitliches Gesamtgeschäft dergestalt bilden, daß das eine nicht ohne das andere vorgenommen sein würde.

II. Die für § 138 Abs. 2 BGB. maßgebende Regelung.

Bei Verfügungen, die auf Grund wucherischer Verpflichtungen erfolgen, ist zu unterscheiden zwischen der Leistung des Wucherers und der Leistung des Bewucherten.

1. Die Leistung des Bewucherten ist zufolge ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nichtig. Denn das Gesetz bestimmt, daß nicht nur das Sichversprechenlassen übermäßig großer Vermögensvorteile nichtig sei, sondern auch das Sichgewährenlassen (§ 138 Abs. 2 BGB.). Das Gewähren übermäßig großer Vermögensvorteile kann aber nur durch Verfügung oder — nach einer Fiktion des Gesetzes[1]) — durch abstrakte Begründung einer Verpflichtung, nicht durch kausale Verpflichtung erfolgen. Daher darf nur in seltenen Ausnahmefällen angenommen werden, daß die Leistung des Bewucherten von vornherein eine dingliche Wirkung entfalte. Das ist die Anschauung der herrschenden Lehre, die heute fast unbestritten ist.[2])

Anderer Ansicht sind, soweit übersehbar, lediglich Förster und Jacoby. Förster[3]) will die §§ 138 und 817 BGB. nur im Zusammenhang betrachtet wissen und zieht aus der Wechselwirkung dieser Bestimmungen die Folgerung, daß sich § 138 BGB. nur auf Kausalgeschäfte beziehe und § 817 BGB. nur auf Leistungsgeschäfte. Jacoby[4]) folgert ebenfalls, daß § 138 Abs. 2 BGB. nur obligatorische Geschäfte betreffe und zwar aus dem Grunde, weil das nach § 138 Abs. 2 BGB. nichtige Geschäft Leistung und Gegenleistung haben müsse, die das dingliche Geschäft nicht kenne.

[1]) § 812 Abs. 2 BGB.
[2]) Enneccerus—Nipperdey: § 179 III 1; RGRK. § 138 Erl. 1. Abs. 1, Erl. 2 Abs. 2 mit RGZ. 57, 95; 75, 76; 93, 75; 109, 201, RGLZ. 1924, 329 Nr. 1. Lehmann: Allgem. Teil § 29 IV S. 195; Larenz I S. 84; Stoll I S. 69 3 c; Staudinger: § 138 II 4 a; Jacoby: Iher J. 60, 229 ff. insbes. 239/240.
[3]) Förster: Recht 1905, 356 ff. a. E.
[4]) Jacoby: JW. 1912, 451/52.

Weder Förster noch Jacoby vermögen die herrschende Lehre zu erschüttern. Es ist an dem Grundsatz der Nichtigkeit der Leistung des Bewucherten festzuhalten. Etwa bestellte Sicherheiten des Bewucherten sind wegen der Nichtigkeit der zu sichernden Forderung gegenstandslos.[1]) Die Sicherungsvereinbarung ist ebenfalls nichtig. Darin liegt die Hauptbedeutung des Art. 47 EG. BGB., denn Art. 3 des Gesetzes betr. den Wucher vom 24. Mai 1880 / 19. Juni 1893 bestimmte, daß der Gläubiger berechtigt sei, das aus dem unwirksamen Vertrage Geleistete zurückzufordern, und daß für diesen Anspruch die für die vertragsmäßige Forderung bestellte Sicherheit hafte.

Einer der Ausnahmefälle von der grundsätzlichen Nichtigkeit der Leistung des Bewucherten ist dann gegeben, wenn zur Zeit der Verfügungsvornahme die Voraussetzungen des Wuchers nicht mehr vorliegen.[2]) (Daß dadurch die Nichtigkeit des obligatorischen Geschäftes nicht berührt wird, braucht nicht betont zu werden.)

Einen weiteren als den angegebenen Ausnahmefall zu finden, wird auf Schwierigkeiten stoßen, da jede andere Begründung, die für die Wirksamkeit der Leistung des Bewucherten gegeben wird, mit dem klaren Wortlaut des § 138 Abs. 2 BGB. nicht zu vereinbaren ist.[3])

2. Viel weniger klar ergibt sich eine Entscheidung für die Leistung des W u c h e r e r s.

Man muß bei wortgetreuer Auslegung des Gesetzes wohl dazu kommen, die Leistung des Wucherers nach den Grundsätzen zu beurteilen, die für die Auslegung des § 138 Abs. 1 BGB. (oben I) als maßgeblich erkannt wurden. Denn ausdrücklich erklärt das Gesetz nur die Leistung des Bewucherten für nichtig. Daraus wird geschlossen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers das Prinzip der Abstraktheit der Verfügung Anwendung finden soll; man dürfe die Ausnahmevorschrift, die für die Leistung des Bewucherten aufgestellt sei, nicht auch auf die Leistung des Wucherers ausdehnen. Aus diesem Grunde nimmt die herrschende Lehre an, daß das Leistungserbringen des Wucherers grundsätzlich wirksam sei.[4])

---

1) a. A. folgerichtig Lux: LZ. 1919, 567.
2) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. 2; v. Tuhr II, 2 S. 46.
3) a. A. anscheinend Oertmann: § 138 C 4 b: „Wo aber der Erfüllungsakt im Sinne des Geschehens dem wucherischen Kausalakt gegenüber selbständig ist, nicht selbst einen Bestandteil der Ausbeutung darstellt, sondern lediglich eine auf dieses als seine causa bezogene Folge des ausbeuterischen Geschäftes, da wird er nach Wortlaut und Sinn von § 138 Abs. 2 BGB. nicht betroffen. Hier verbleibt es ihm gegenüber bei Bereicherungsansprüchen".
4) RGRK. § 138 Erl. 2 Abs. 2; Staudinger: § 138 II 4 a; Krückmann: BayZ. 1915, 189 ff.; Planck: § 138 III 4 c, § 817 2 b; Oertmann: § 138 C 4, § 817 6; Lux: LZ. 1919, 561 ff., 567; Graff: DJZ. 1908, 1103; Eccius: DJZ. 1903, 42; Fischer: Recht 1917, 284; Eichler: Diss. S. 8 ff. insbes. S. 11/12.

Trotzdem wird die Anschauung vertreten, es lasse sich — ohne dem Gesetz Gewalt anzutun — begründen, daß auch das Erfüllungsgeschäft des Wucherers nichtig sei.[1]) Das wucherische Geschäft bilde — so lehrt Enneccerus-Nipperdey — nach der Absicht der Beteiligten ein Ganzes. Der Wucherer könne seine Vorteile nur durch die Gewährung seiner Leistung erhalten. Auch sie verstoße daher gegen die guten Sitten. Daraus folge, daß die vorgenommenen Traditionen nichtig seien, daß jeder Teil Eigentümer geblieben sei.[2])

Die rechtliche Behandlung der Leistung des Wucherers wird denselben Grundsätzen unterliegen müssen wie die der Verfügungsgeschäfte auf Grund widersittlicher Verpflichtung überhaupt. Man wird also die von Enneccerus-Nipperdey vorgetragenen Gedanken nicht schlechthin ablehnen, man wird sie vielmehr nur in dieser so allgemeinen Form nicht billigen können. Grundsätzlich wird die Leistung des Wucherers wirksam sein. Doch wird dieser Grundsatz, wie oben unter I gezeigt, so häufig von Ausnahmen durchbrochen, daß es fast zweifelhaft erscheinen könnte, welches die Regel, welches die Ausnahme ist. Ganz besonders beim Wucher wird der Sittlichkeitsverstoß häufig gerade in der Verfügung des Wucherers liegen,[3]) insbesondere, wenn Verpflichtung und Verfügung zusammenfallen, was beim Darlehen grundsätzlich so zu sein pflegt. Aber auch dann, wenn die Verfügung aus diesem Grunde nicht unwirksam ist, wird sich häufig eine Nichtigkeit der Wucherleistung ergeben, weil das Kausal- und Verfügungsgeschäft so eng miteinander verknüpft sind, daß sie sich in ihrer Wirksamkeit bedingen, oder daß sie zusammen ein Gesamtgeschäft i. S. des § 139 BGB. bilden.

In all diesen Fällen gelangt man zum gleichen Ergebnis wie Enneccerus-Nipperdey, ohne die Ausnahmevorschrift des § 138 Abs. 2 BGB. in der angegebenen Weise ausdehnen zu müssen.

Daß daneben noch Fälle denkbar sind, in denen trotz der Nichtigkeit des wucherischen Grundgeschäftes rechtsgültige Verfügungen des Wucherers erfolgen, erscheint, rechtspolitisch gesehen, deshalb nicht allzu gefährlich, weil der Empfänger der Leistung, der Bewucherte, meist der korrekt Handelnde sein wird.

---

[1]) So konsequenterweise: Rumpf: Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff., 319; ferner Jacoby: Iher. J. 60, 229 ff., 239; Enneccerus—Nipperdey: § 179 III 1 u. Klingmüller, Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des BGB. Jena 1903 S. 136.

[2]) Enneccerus—Nipperdey a. a. O.

[3]) Vgl. Oertmann: § 138 C 4; v. Tuhr II, 2 S. 46 (die dann Nichtigkeit der Leistung des Bewucherten annehmen; für den umgekehrten Fall muß das gleiche gelten).

III. Wenn sich im Vorhergehenden gezeigt hat, daß die Nichtigkeit von Verfügungsgeschäften wegen Verstoßes gegen die Sittlichkeit häufiger, als bisher anerkannt, Platz greifen wird, so soll damit keineswegs gesagt sein, daß es nötig sei, alle längst abgewickelten Geschäfte, die der Widersittlichkeit verdächtig sind, noch einmal aufzurollen und die tatsächlich erfolgten Wertbewegungen,[1]) die vorgetragener Ansicht nach nichtig wären, rückgängig zu machen. Das, was gewesen ist, soll ruhen; und Rechtsgenossen, die in der Vergangenheit liegende Geschäfte als gültig abgewickelt haben, werden nicht plötzlich auf die Widersittlichkeit pochen können.

Wenn überhaupt ein Einbruch in die Lehre der abstrakten Verfügung erfolgen wird — und er wird erfolgen, ja wir stehen schon mitten im Kampfe gegen jene Lehre —, dann werden zukünftige Entscheidungen danach ausgerichtet werden müssen. Das Vergangene aber soll dadurch nicht zu künstlichem Leben auferweckt werden.

Zweites Kapitel:

Das Rechtsschicksal der Gegenstände der trotz Widersittlichkeit des Grundgeschäftes erfolgten Leistung („widersittliche Leistung").

Bezüglich der weiteren rechtlichen Behandlung der Leistungen, die auf Grund widersittlich nichtiger Kausalgeschäfte erfolgten, ist ein Unterschied zu machen dahingehend, ob die Leistung selbst nichtig, oder ob die Leistung wirksam war. Denn von der Bejahung der einen oder der anderen Möglichkeit hängt es ab, ob § 817 BGB., der vielfach das weitere Rechtsschicksal „widersittlicher Leistungen" bestimmt, Anwendung findet oder nicht. § 817 BGB. lautet: „War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet. Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt, es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden".

---

[1]) z. B. in der Vergangenheit liegende Bordellveräußerungen.

§ 5.

Das Rechtsschicksal der Leistungsgegenstände, wenn die „widersittliche Leistung" nichtig ist.

I. Ist die „widersittliche Leistung" nichtig, so ist eine tatsächliche Änderung der Rechtslage nur eingetreten, wenn Gegenstand der Leistung eine Sache war. Rechte dagegen, die durch „widersittliche Leistungen" — translativ oder konstitutiv — übertragen werden sollten, haben den Inhaber nicht gewechselt, wenn die Leistung nichtig war. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß die Leistung wegen Verstoßes gegen die Sittlichkeit nichtig war. Der bisherige Inhaber des Rechtes ist der einzig Berechtigte geblieben. Daher ist die Rechtslage einfach, wenn Gegenstand der Leistung eine Forderung war. Nicht ganz so klar ist das Ergebnis z. B. dann, wenn bei beschränkt dinglichen Liegenschaftsrechten die gewollte Rechts„übertragung" buchmäßig niedergelegt wurde. Dann ist der zu Unrecht Eingetragene verpflichtet, in die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB. einzuwilligen. Auch dieser Verpflichtung kann der Eingetragene nicht mit dem Einwand begegnen, die Leistung sei nur deshalb nichtig gewesen, weil sie gegen die Sittlichkeit verstoßen habe. Der frühere Rechtsinhaber kann den Berichtigungsanspruch selbst geltend machen, auch wenn er sich dabei auf seine eigene Unsittlichkeit berufen muß. Denn gegen Neubecker,[1]) Krückmann[2]) und Staudinger[3]) kann der Satz, daß sich niemand auf seine eigene Unsittlichkeit stützen könne, um einen geschaffenen Zustand zu ändern, nicht anerkannt werden.[4]) Er kann im vorliegenden Falle umso weniger angewandt werden, als der Berichtigungsanspruch nur dazu dient, die Grundbucheintragung mit der materiellen Rechtslage in Einklang zu bringen.[5]) Es ist daran festzuhalten, daß die unwirksame Verfügung über Rechte keinerlei materielle Wirkung entfaltet.

II. Ist der Gegenstand der Leistung dagegen eine Sache, so ist der Klarheit der Darlegung halber zu unterscheiden, einerseits, ob sich der Gegenstand der Leistung noch unverändert beim Leistungsempfänger befindet, oder andererseits, ob der Gegenstand der Leistung bereits weiter gewandert ist oder verarbeitet wurde oder mit dem Vermögen des Leistungsempfängers vermengt oder vermischt wurde.

---

[1]) Neubecker: Arch. bürg. Recht 22, § 3 S. 71.
[2]) Krückmann: BayZ. 1915, 189/90.
[3]) Staudinger: § 138 II 4 e.
[4]) Vgl. oben § 3 I 1 S. 44 Anm. 8.
[5]) Vgl. auch unten die Ausführungen betr. die Bordellhypothek § 6 II, S. 81 ff.

1. Ist der Gegenstand einer unwirksamen Leistung noch unverändert im Vermögen des Leistungsempfängers, so richtet sich das weitere Rechtsschicksal des Leistungsgegenstandes nach den allgemeinen Regeln unwirksam erfolgter Zuwendungen, ohne Rücksicht darauf, daß die Leistung wegen eines Verstoßes gegen die Sittlichkeit unwirksam ist.

Die übergebenen Sachen können daher mit der rei vindicatio herausverlangt werden. § 817 S. 2 BGB. steht dem dinglichen Herausgabeanspruch nicht entgegen. Das ist zwar bestritten,[1]) jedoch ohne genügende Begründung. § 817 S. 2 BGB. steht nur einer Kondiktion entgegen. Das ergibt sich schon daraus, daß § 817 BGB. dem Kondiktionensystem eingefügt ist und aus diesem Grunde nur obligatorische Ansprüche unter gewissen Voraussetzungen ausschließt. Der tiefere Grund liegt aber wohl darin, daß es nicht Aufgabe des Rechts sein kann, dem Eigentümer das Eigentum vorzuenthalten. Wenn das Recht sich wegen der Widersittlichkeit der Leistung dagegen wehrt, daß Eigentum übergehe, dann muß es auch folgerichtig das Eigentum dem zuführen, bei dem es geblieben ist.[2])

2. a) Ist der Gegenstand der nichtigen Leistung nicht mehr beim Empfänger der Leistung, so hat der Eigentümer den dinglichen Herausgabeanspruch gegenüber dem Neuerwerber, wenn dieser das mangelnde Eigentum des Veräußerers kannte bzw. bei Fahrnis grobfahrlässig nicht kannte. Der Erstveräußerer hat einen obligatorischen Erlös-Herausgabeanspruch gegenüber dem Ersterwerber gemäß § 816 S. 1 BGB., wenn dieser den Gegenstand wirksam entgeltlich veräußerte. Der Erstveräußerer hat einen auf sein früheres Eigentum gerichteten obligatorischen Herausgabeanspruch, wenn der Leistungsempfänger den Gegenstand unentgeltlich an einen Gutgläubigen veräußerte.

b) Erleidet der Veräußerer einer Sache trotz Nichtigkeit des Geschäfts, durch das er die Sache übertragen wollte, später dadurch einen Rechtsverlust, daß die Sache verbunden, vermischt oder verarbeitet wird, so hat der Veräußerer gemäß § 951 BGB. einen obligatorischen Herausgabeanspruch auf Vergütung in Geld nach den Vor-

---

[1]) Heck: Arch. Ziv. Prax. 124, 6 Anm. 15; Rumpf: Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff., 334, 387; anscheinend Krückmann: BayZ. 1915, 189/90; ferner Neubecker: Arch. bürg. Recht 22, 34 ff. § 3 S. 70.

[2]) So im Ergebnis die herrschende Lehre: Stoll II S. 232 b; Lehmann b. Enneccerus—Lehmann: § 223 2 d mit RGZ. 85, 293; RGRK. § 817 Erl. 3 d mit RG. Warn. 1911, 115; OLG. 8, 423; Staudinger: § 817 2 d δ; Förster: Recht 1905, 356 ff.; Schäfer: JW. 1912, 103; v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch S. 554; Matthiessen: JW. 1911, 923 ff., 952; RG JW. 1931, 2088; Schmieder, Diss. S. 81, 83.

schriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Dieser Anspruch gewinnt vor allem dann Bedeutung, wenn der Gegenstand der Leistung in Geld bestand. Auch diese Ansprüche werden nicht dadurch berührt, daß dem Leistenden ein Verstoß gegen die Sittlichkeit zur Last fiel, selbst wenn § 951 BGB. auf die Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung verweist. § 817 S. 2 BGB. kann hier keine Anwendung finden, da das, was gefordert wird, nicht durch die Leistung des Veräußerers erlangt wurde.[1]) Das Ergebnis ist deshalb nicht unbefriedigend, weil in diesen Fällen der Bereicherungsanspruch an die Stelle des Eigentumsanspruchs getreten ist, der — wie gezeigt — durch die Widersittlichkeit der Leistung nicht berührt wird.

Folgewidrig lehnen einige Schriftsteller, die die Zulässigkeit des dinglichen Herausgabeanspruches bejahen, die Zulässigkeit dieser Ansprüche ab, ohne diesen Widerspruch näher zu begründen.[2])

Es hat sich gezeigt, daß die Rechtsfolgen der Nichtigkeit mit den allgemeinen Nichtigkeitsfolgen übereinstimmen, wenn die Nichtigkeit auch das Verfügungsgeschäft erfaßt. Das ist nicht der Fall, wenn die Widersittlichkeit nur die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäftes verursacht.

§ 6.

Das Rechtsschicksal der Leistungsgegenstände, wenn die „widersittliche Leistung" wirksam ist.

Ist die Leistung, die auf Grund eines wegen Widersittlichkeit nichtigen Kausalgeschäftes erfolgt, wirksam, so hätte, allgemeinen Regeln zufolge, der Leistende einen Herausgabeanspruch gemäß § 812 BGB.,[3]) denn wegen der Nichtigkeit der Kausalvereinbarung erfolgte die Leistung ohne Rechtsgrund. Eine solche Leistung wird jedoch vielfach den Tatbestand des § 817 BGB. erfüllen, und das weitere rechtliche Schicksal des Geleisteten wird dann durch dieses Gesetz bestimmt.

I. Eine auf Grund widersittlicher Verpflichtung erfolgte Leistung erfüllt dann den Tatbestand des § 817 S. 1 BGB., wenn trotz

[1]) RGRK. § 817 Erl. 1 d; Enneccerus—Lehmann: § 223 2 d, c S. 749; Staudinger: § 817 2 d δ 6; Leonhard: II § 261 S. 498 ff.; so auch Heck — trotz anderen Ergebnisses — Arch. Ziv. Prax. 124, 6 Anm. 15.

[2]) Förster: Recht 1905, 356 ff. a. E.; Schäfer: JW. 1912, 103; Matthiessen: DJZ. 1907, 534; JW. 1911/925; Werneburg: ZBlFG. 18, 386 III; Eichler: Diss. S. 26.

[3]) Vgl. dazu Staudinger: § 812 4; Oertmann: § 812 Vorbem. 2 f γ.

der Wirksamkeit der Leistung[1]) festgestellt werden muß, daß der Empfänger der Leistung — und nur der Empfänger[2]) — durch die Annahme gegen die guten Sitten, d. h. gegen die Sittlichkeit[3]) verstoßen hat.[4]) Das wird vielfach dann der Fall sein, wenn das Verpflichtungsgeschäft wegen einseitiger Widersittlichkeit eines Vertragsgenossen nichtig war. Also insbesondere in den Fällen, in denen sich die Widersittlichkeit gerade gegen den anderen Vertragsgenossen richtete, sei es dadurch, daß die Bindung des Vertragsgenossen eine übermäßig starke war, sei es dadurch, daß die von jenem Vertragsgenossen ausbedungene Leistung im Verhältnis zur Gegenleistung übermäßig groß war. Andere Fälle einseitiger Widersittlichkeit sind solche, bei denen ein Geschäftsbeteiligter sich eine Belohnung für eine Handlung versprechen ließ, zu der er schon von Rechts wegen verpflichtet war, z. B. für das Unterlassen eines Verbrechens.[5]) Wenn in all diesen Fällen auch die Annahme einer solchen Leistung, nicht nur das Ausbedingen, widersittlich ist,[6]) so steht dem Leistenden ein Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten zu: der Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfanges des § 817 S. 1 BGB.

1. Ist der Tatbestand dieser Bestimmung erfüllt, so schließt das die Anwendung des § 812 BGB. aus. Das ist allerdings bestritten und zwar insbesondere von Leonhard[7]) und Heck.[8]) Leonhard führt aus: Die herrschende Lehre komme zu dem hier gefundenen Ergebnis, weil sie von der Voraussetzung ausgehe, alle Bereicherungsansprüche seien Anwendungsformen eines einheitlichen Anspruches, dessen allgemeine Voraussetzungen § 812 BGB. festsetze und dessen besondere Anwendungsform die §§ 813—817 BGB. regelten.[9]) Diese Voraus-

1) Vgl. oben § 4.
2) § 817 2; vgl. Oertmann: § 817 5 b; Staudinger: § 817 2 d; vgl. unten II.
3) Daß der Begriff der „guten Sitten“ des § 138 BGB. mit dem des § 817 BGB. übereinstimmt, kann nicht bezweifelt werden. A. A. anscheinend Oertmann: § 817 1.
4) und das war dann der Fall, wenn der „unmittelbare Zweck“ solcher Leistungen ein unsittlicher gewesen ist. Vgl. Staudinger: § 817 2 b α. Nicht genügt das bloße Mitwirken unsittlicher Beweggründe RGZ. 144, 24.
5) Vgl. Oertmann: § 817 2 b mit l. 9 D. 14, 5.
6) Die Annahme der Leistung ist beispielsweise dann nicht mehr widersittlich, wenn sich die Umstände derart geändert haben, daß eine im Verhältnis zur Gegenleistung widersittlich große Leistung nunmehr als angemessen erscheint.
7) Leonhard II §§ 261—267 S. 496 ff.
8) Heck: Arch. Ziv. Prax. 120, 1 ff.
9) Oertmann: § 817 2 e; Stoll II S. 226 § 56 I 1; Larenz II S. 119 II; RGRK. 24. Titel Vorbem. zu ungerechtfertigter Bereicherung Erl. 1; Planck: § 817 4; Krückmann: BayZ. 1915, 189. RGZ. 63, 355; 78, 284; 99, 161; 111,151; 127, 276; 151, 70.

setzung der herrschenden Lehre sei falsch.[1]) Die §§ 816 und 817 BGB. bildeten nicht Sonderfälle des allgemeinen Anspruches des § 812 BGB., sondern selbständige neben dem Anspruch das § 812 BGB. bestehende Bereicherungsansprüche. Deshalb müsse § 812 BGB. neben § 817 BGB. Anwendung finden, wenn die Voraussetzungen jedes Anspruches durch ein und denselben Sachverhalt erfüllt seien.[2]) Zur Begründung beruft sich Leonhard[3]) auf die Belegstellen des römisch gemeinrechtlichen Vorbildes des Bereicherungsanspruches wegen verwerflichen Empfanges: die condictio ob turpem causam[4]) und die condictio ob iniustam causam.[5])

Leonhard ist darin zuzustimmen, daß der Anspruch des § 817 BGB. nicht in jedem Falle eine besondere Anwendungsform des § 812 BGB. darstellt. Dann nämlich, wenn der Sachverhalt, der zur Bejahung des § 817 BGB. führt, nicht auch zugleich den Tatbestand des § 812 BGB. erfüllt, also insbesondere dann, wenn das Grundgeschäft, auf Grund dessen die verwerfliche Leistung erfolgte, wirksam war.[6])[7]) In diesem Falle wird wohl nicht bestritten werden können, daß § 817 BGB. einen besonderen, neben § 812 BGB. stehenden Bereicherungsanspruch gewährt. Die Begründung der herrschenden, gegenteiligen Ansicht kann nicht überzeugen. Denn wenn z. B. v. Mayr[8]) schreibt, daß sich der Bereicherungsanspruch wegen verwerflichen Empfanges zwar nicht begrifflich, aber immerhin kraft positiver Norm dem allgemeinen Anspruche aus ungerechtfertigter Bereicherung unterordnen lasse, so bedeutet das, dem Gesetze einen Aus-

---

[1]) Leonhard II §§ 261 ff. S. 498.
[2]) Leonhard a. a. O. S. 497/98.
[3]) Leonhard a. a. O. S. 515 ff.
[4]) Über diese condictio vgl. Dernburg: Pandekten § 140 1. Sie bezweckte die Rückerstattung dessen, was sich der Kondiktionsschuldner unsittlicherweise von dem Kondiktionsgläubiger um künftiger Handlungen und Unterlassungen willen leisten ließ.
[5]) Dernburg a. a. O. § 140 2. Diese condictio wurde durch jeden sonstigen unsittlichen Erwerb begründet. Der Inhalt der condictiones bestimmte sich nach den Grundsätzen der condictio furtiva.
[6]) Daß es für die Anwendung des § 817 BGB. unwichtig ist, ob die causa, auf Grund deren die verwerfliche Leistung erfolgt, gültig oder nichtig ist, ist herrschende Ansicht. Vgl. Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 21; v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch S. 578; Heck: Arch. Ziv. Prax. 124, 16; Enneccerus—Lehmann: § 223 1 c, wohl auch Larenz II S. 119, II; Oertmann: § 817 4 a oben; Schmieder Diss. S. 76 RGZ. 89, 65; 96, 343; RG. Recht 14, Nr. 2440.
[7]) So ist beispielsweise die Schenkung an einen Beamten, die den Tatbestand des § 331 St.GB. erfüllt, zwar wirksam, obwohl der Beschenkte nach 817 BGB. zur Herausgabe verpflichtet ist.
[8]) v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch S. 552.

spruch unterschieben, den es nicht getan hat. Lehmann[1]) aber schreibt sogar ausdrücklich, daß die Fälle wegen verwerflichen Empfanges in der Hauptsache durch § 812 BGB. mitgetroffen seien.[2])

Wenn also Leonhard zugegeben werden muß, daß § 817 BGB. unter bestimmten Voraussetzungen einen besonderen Bereicherungsanspruch gewährt, so muß seine Ansicht jedoch für die hier in Frage stehenden Fälle verneint werden. Ist das Kausalgeschäft, das den Rechtsgrund für eine Leistung bildet, wie hier, wegen Verstoßes gegen die Sittlichkeit nichtig, dann stellt sich der Anspruch, den § 817 S. 1 BGB. gewährt, als besonderer Anwendungsfall des allgemeinen Bereicherungsanspruches des § 812 BGB. dar. So wohl auch Heck,[3]) der trotz der Erfüllung der Anwendungsvoraussetzungen des § 812 BGB. die Regelung des § 817 BGB. da zum Zuge kommen läßt, wo die Nichtigkeit des Grundgeschäftes durch die §§ 134, 138 BGB. begründet wird. Daß Heck diese sog. „Verstoßfälle" sehr viel enger faßt,[4]) als es nach der von ihm selbst gegebenen Voraussetzung sein müßte, ist allerdings bedenklich.

2. Bestritten ist, ob sich der Empfänger einer widersittlichen Leistung der Widersittlichkeit bewußt sein müsse, damit § 817 BGB. Anwendung finden kann. Dies ist mit Lehmann[5]) zu verneinen. Es mag zugegeben werden, daß es bezüglich der gesetzeswidrigen Leistung zu rechtfertigen ist, die Kenntnis des Verbotsgesetzes zu verlangen. Die Kenntnis der Widersittlichkeit zu fordern, hieße jedoch das härtere Gewissen und das gröbere Moralempfinden belohnen.[6]) Anderseits wird Voraussetzung der Anwendung des § 817 S. 1 BGB. sein, daß sich der Empfänger stets sämtlicher Umstände, die den Empfang zum widersittlichen machen, bewußt ist. Darin unterscheidet sich die Anwendbarkeit des § 817 BGB. von der des § 138 BGB.[7])

Die hier vertretene Ansicht steht auch damit in Einklang, daß der Rechtsgrund des § 817 BGB. darin zu sehen ist, daß die in der

---

1) Enneccerus—Lehmann: § 217 II S. 722.
2) So wohl auch Schmieder Diss. S. 74.
3) Heck: a. a. O. S. 21 ff. insbes. S. 27.
4) Heck a. a. O. S. 12 Anm. 22.
5) Enneccerus—Lehmann: § 223 2 b.
6) So im Ergebnis auch Stoll II S. 232 b; Staudinger: § 817 2 b γ; v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch S. 576; a. A. sind: RGRK. § 817 Erl. 1 b gegen die frühere Rechtsprechung RGZ. 76, 42; KG. OLG. 30, 247 mit der nun ständigen entgegengesetzten Rechtsprechung RGZ. 104, 54; 105, 272; 100, 159 RGZ. 127, 279; 132, 41; RG. Warn. 1922 Nr. 82; RG. Seuff A 86 Nr. 41 u. a. Ferner Oertmann: § 817 Erl. 1 (Vorsatz nicht gefordert); Planck: § 817 Erl. 5 d; Fischer: BayZ. 1911, 175. Schmieder Diss. S. 84.
7) Vgl. oben § 1 II 4 e, S. 21 f.

Leistung liegende Verwerflichkeit bestraft werden soll.[1]) Denn ebensowenig wie zur Bestrafung die Kenntnis eines Strafgesetzes gefordert wird, wenn das Strafgesetz ein solches ist, dessen Kenntnis man von jedermann verlangen muß, ebensowenig kann zur Bestrafung von Sittlichkeitsverstößen die Kenntnis der Verbote der Sittlichkeit verlangt werden; denn auch diese Verbote sind solche, deren Kenntnis von jedermann vorausgesetzt wird.

Wie auf der anderen Seite ein (entschuldbarer) Tatsachenirrtum die öffentlichrechtliche Bestrafung ausschließt (vgl. § 59 StGB.), so muß auch ein Tatsachenirrtum die wegen Verwerflichkeit der Leistung erfolgende Bestrafung ausschließen.

Und schließlich ergibt sich aus dem Strafcharakter des § 817 BGB., daß diese Vorschrift dann nicht zur Anwendung kommt, wenn dem verwerflich Handelnden die zur Erkenntnis der Verwerflichkeit seines Tuns erforderliche Geistesbeschaffenheit fehlt. (Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit dagegen ist selbstverständlich nicht erforderlich.[2])

3. Unerheblich für die Anwendung des § 817 BGB. ist, ob der mit der widersittlichen Leistung verfolgte Zweck erreicht wurde oder nicht.[3]) Das gerade unterscheidet den Bereicherungsanspruch aus § 817 BGB. von allen sonstigen Bereicherungsansprüchen. Die Bedeutung dieser negativen Anwendungsvoraussetzung des § 817 BGB. zeigt sich vor allem in den nicht hierher gehörenden Fällen, in denen das Verpflichtungsgeschäft, auf Grund dessen die verwerfliche Leistung erfolgte, wirksam ist.

Die Anwendbarkeit des § 817 BGB. darf auch nicht davon abhängig gemacht werden, ob der bezweckte Erfolg ein zukünftiger ist, oder ob die Leistung zur Belohnung schon erwiesener Dienste erfolgte;[4]) denn der Sinn des § 817 BGB. liegt nicht darin, „für die

---

1) Den Strafcharakter des § 817 BGB. bejahen: Schmieder Diss. S. 74 ff; RGRK. § 817 Erl. 1 b; Enneccerus—Lehmann: § 223 2 b; Stoll II S. 232 b; Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 64; Planck: § 817 5 d; Krückmann: Arch. bürg. Recht 40, 43/4 I 13. Den Strafcharakter der Bestimmung verneinen: Leonhard II § 263 S. 499; Heck: Arch. Ziv. Prax. 124, 32 ff. § 4; neuerdings auch RGRK. 8. Aufl. § 817 Erl. S. 2, Anm. 2.

2) RGRK. § 817 Erl. 3 f; RGZ. 105, 270; a. A.: Staudinger: § 817 3. Schmieder Diss. S. 84.

3) RGRK. § 817 Erl. 1 c; v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch S. 552, 578; Jacobi: Iher. J. 41, S. 99 ff § 5; mit dem in diesem Zusammenhang interessanten Entwurf des BGB. des Großherzogtums Hessen (1844, 1853) Bd. II Art. 630: Der Empfänger ist „das Empfangene zurückzugewähren schuldig, ohne Unterschied, ob der mit der Gabe verknüpfte Zweck erreicht worden ist oder nicht."

4) RGRK. § 817 Erl. 1 c für alle anderen.

Zukunft ein verwerfliches Verhalten zu verhindern",[1]) sondern darin, die Verwerflichkeit des Empfanges zu treffen.[2])

4. Auch die Tatsache muß für die Anwendung des § 817 S. 1 BGB. außer Betracht bleiben, daß der Leistende häufig die Nichtigkeit des widersittlichen Grundgeschäftes kennt und daher weiß, daß er zur Leistung nicht verpflichtet ist. § 814 BGB. schließt den Bereicherungsanspruch des § 817 S. 1 BGB. nicht aus.[3]) Das ergibt sich daraus, daß § 817 BGB. den Bereicherungsanspruch in seinen positiven und negativen Voraussetzungen vollständig bestimmt, auch wenn dieser Anspruch, wie hier, nur einen besonderen Fall des allgemeinen Bereicherungsanspruches des § 812 BGB. darstellt. Eine gegenteilige Ansicht müßte dem § 817 BGB. den größten Teil seines Anwendungsgebietes rauben; das aber kann nicht die Absicht des Gesetzgebers sein.

5. Der Umfang der Herausgabepflicht wird durch § 819 Abs. 2 BGB. erschöpfend geregelt.[4]) § 819 BGB. bestimmt also vor allem, welche Änderung der Herausgabeanspruch dadurch erleidet, daß der Gegenstand der Leistung aus dem Vermögen des Empfängers entfernt wird, oder dadurch, daß der Gegenstand mit dem Vermögen des Empfängers vermischt oder durch den Empfänger verändert wird.

II. Während die Rechtslage sich verhältnismäßig einfach gestaltet, wenn nur dem Empfänger der Leistung eine Widersittlichkeit zur Last fällt, ist die Rechtslage verwickelt und in vielen Punkten bestritten, wenn ein solcher Vorwurf auch den Leistenden selbst trifft. Eine solch doppelseitige Verwerflichkeit wird aber in der überwiegenden Anzahl der hier zu behandelnden Fälle vorliegen. Denn da die Widersittlichkeit, die die Nichtigkeit des Grundgeschäftes begründet, meist eine allseitige sein wird, wird auch die in der Vollziehung der Leistung liegende Verwerflichkeit meist beiden Parteien — Leistendem und Leistungsempfänger — zur Last fallen. Dann aber ist der Tatbestand des § 817 S. 2 BGB. erfüllt und eine Rückforderung ausgeschlossen.

1. a) Auch § 817 S. 2 BGB. gilt für alle Bereicherungsansprüche,[5]) und daran wird auch dadurch nichts geändert, daß diese

---

1) Mot. II, 849.
2) v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch S. 553.
3) Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 21; v. Mayr: a. a. O. S. 554; Staudinger: § 817 Erl. 6; Oertmann: § 817 Erl. 1; Planck: § 817 Erl. 1e; Schmieder Diss. S. 76; RGZ. 97, 84. 99, 165; RG. Warn. 1923 Nr. 7; RG HRR. 30 Nr. 1449.
4) RGRK. § 817 e; v. Mayr: a. a. O. S. 554. RGZ. 99, 168.
5) Das wird außer von den im vorigen Abschnitt Genannten auch von Staudinger § 817 2 b δ geleugnet.

Regelung — wie darzulegen sein wird — in vielen Fällen zu recht unverständlichen Ergebnissen führt. Ist also der Tatbestand des § 817 S. 2 BGB. erfüllt, dann kann der Ausschluß der Rückforderung trotz Nichtigkeit des Kausalgeschäftes nicht dadurch umgangen werden, daß dem Leistenden ein Herausgabeanspruch gemäß § 812 BGB. wegen mangelnden Rechtsgrundes gewährt wird.[1]) Denn auch für die Anwendung des § 817 S. 2 BGB. ist es gänzlich unerheblich, ob die der Leistung zugrunde liegende causa wirksam ist oder nicht.

Eine, anscheinend durch die Ausführungen Hecks[2]) beeinflußte, entgegenstehende Meinung vertritt neuerdings der Reichsgerichtsräte-Kommentar.[3]) (8. Aufl.) Er sieht in der Regelung des § 817 S. 2 BGB. nichts anderes als einen Ausdruck der Billigkeit und der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben. Deshalb sei auch bei beiderseitiger Verwerflichkeit der Leistungsbeteiligten ein Rückforderungsrecht da gegeben, wo trotz einer derartigen Leistung für die Rückforderung der ungerechtfertigten Bereicherung erhebliche Gründe vorlägen.[4]) Solche „berechtigte Gründe" sieht das Erläuterungsbuch dann als vorliegend an, wenn das Verbleiben der ungerechtfertigten Bereicherung bei dem Empfänger und die Verweigerung des Ausgleichs sich nicht auf das Verhältnis zwischen Leistendem und Empfänger beschränkt, sondern in seiner Wirkung darüber hinausgreift und in den Rechtskreis Dritter eindringt,[5]) z. B. dadurch, daß es dem Leistenden nur bei Rückerhalt der widersittlich erbrachten Leistung möglich ist, seine Verpflichtungen unbeteiligten Dritten gegenüber zu erfüllen.

Die Befolgung der Ansicht des Erläuterungsbuches führt zu Ergebnissen, die sehr verlockend erscheinen. Doch wird man mit der Anwendung dieser Geltungsschranke sehr vorsichtig sein müssen, wenn man nicht mit dem Gesetz in Konflikt kommen will. Ja, man wird bei beiderseitiger Widersittlichkeit die Rückforderung nur dann zulassen, wenn der Leistende in Konkurs fällt (vgl. unten S. 80) Nur eine solche Ausnahme läßt sich begründen.

b) Da auch § 817 S. 2 BGB. die Widersittlichkeit strafen will,[6]) gilt bezüglich des Bewußtseins der Verwerflichkeit das gleiche wie für die Anwendung des § 817 S. 1 BGB. (oben I 2, S. 75).

---

1) Vgl. die oben S. 73 Anm. 8 und 9 Genannten.
2) Heck: Arch. Ziv. Prax. 124, 1 ff.
3) RGRK. 8. Aufl. § 817 S. 2 Erl. 1—4.
4) RGRK. § 817 S. 2 Erl. 4.
5) RGRK. a. a. O.
6) Wer den Strafcharakter des § 817 I leugnet, leugnet selbstverständlich auch den Strafcharakter des § 817 II. Vergl. oben S. 76 Anm. 1.

2. Die Anwendung des § 817 S. 2 BGB. erleidet eine doppelte Einschränkung. Doch ist nur eine dieser Beschränkungen im Gesetz selbst ausgesprochen; die andere hat die Rechtsprechung entwickelt.

a) Kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung ist der Rückforderungsanspruch trotz beiderseitiger Verwerflichkeit dann gegeben, wenn die Leistung „in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand",[1]) und diese noch nicht erfüllt ist. Die Leistung bestand in der Eingehung einer Verbindlichkeit, wenn ein abstraktes Schuldversprechen i. S. des § 780 BGB., ein abstraktes Schuldanerkenntnis i. S. des § 781 BGB. vereinbart wurde, oder eine Wechsel- oder Scheckverbindlichkeit oder eine sonstige abstrakte „Wertpapier"verbindlichkeit eingegangen wurde. Diese vom Gesetz gegebene Ausnahme hat nur dann Bedeutung, wenn man zur Bejahung der Möglichkeit gelangt, daß ein abstraktes Schuldversprechen, bzw. ein abstraktes Schuldanerkenntnis wirksam begründet werden kann, obwohl der (von der Verbindlichkeit gelöste) Rechtsgrund widersittlich nichtig ist.[2]) — Andernfalls kommt eine Kondiktion nicht in Betracht, höchstens eine Rückforderung des Schuldscheins gemäß § 371 BGB. (in analoger Anwendung) oder die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit.[3])

Ist die abstrakt begründete Verbindlichkeit aber bereits ganz oder teilweise erfüllt, so findet eine Rückforderung des Geleisteten nicht statt. (§ 817 a. E.). Die ganze Regelung ist Ausdruck des römisch-gemeinrechtlichen Grundsatzes „in pari turpitudine melior est causa possidentis".[4])

b) Die Rechtsprechung hat das Anwendungsgebiet des § 817 BGB. dadurch eingeengt, daß sie ausnahmslos entscheidet, der Ausschluß des Bereicherungsanspruches des § 817 S. 2 BGB. erstrecke sich nur auf die unmittelbar erfolgende Leistung, nicht auf Hilfsleistungen (z. B. Sicherheitsleistungen) und nur auf solche Gegen-

---

[1]) § 817 S. 2 Halbs. 2 BGB.

[2]) Eine solche Möglichkeit leugnen: Lotmar: Der Vertrag S. 62 ff; Mitteis: In der Festschr. f. Wach. S. 22; Staudinger: § 138 I 7; Neubecker: Arch. bürg. Recht 22, 34 ff. S. 85; Matthiessen: JW. 1911, 925; die Möglichkeit bejahen: Oertmann: DJZ. 1902, 105 ff. (gegen Dernburg); RGRK. § 817 Erl. 1 d; Förster: Recht 1905, 356 ff; v. Tuhr: Festschr. f. Schultze S. 47.
Nach dem oben § 4 I Vorgetragenen wird die Möglichkeit zwar bejaht werden müssen, jedoch werden die Fälle der Wirksamkeit gemäß den dort gegebenen Einschränkungen sehr gering sein.

[3]) RGRK. § 817 Erl. 1 d.

[4]) Enneccerus—Lehmann: § 223 2 S. 748 für alle anderen.

stände, die endgültig in das Vermögen des Empfängers übergehen sollen.[1])

Dieser Rechtsprechung sind gefolgt u. a. Enneccerus-Lehmann,[2]) Staudinger[3]) und Planck.[4]) Die vorgetragene Meinung wird damit begründet, daß derartigen Leistungen nicht das widersittliche Kausalgeschäft selbst zugrunde liegt, sondern ein diesem Geschäfte zur Seite stehender Nebenvertrag, der nicht gemäß § 138 BGB., sondern gemäß § 139 BGB. nichtig sei. Vor allem beruft man sich aber darauf, daß der Empfänger das Eigentum von vornherein belastet mit einer Rückgabepflicht erlange.[5])

Man wird dieser Ansicht nicht unbedenklich zustimmen können. Die Belastung des Eigentums mit der Rückgabepflicht kann sich infolge des Typenzwangs der dinglichen Rechte nur als obligatorische Verpflichtung darstellen. Ob dieser obligatorische Anspruch aber an § 817 S. 2 BGB. nicht zerschellt, muß doch bezweifelt werden.[6]) Jedenfalls kann der angegebene Gedanke unter keinen Umständen dazu führen, bei wirksamer Leistung ein Darlehen für rückforderbar zu erklären, obwohl der Darleiher und der Darlehensnehmer bei der Leistung des Geldes widersittlich handelten. Tatsächlich ist jedoch das OLG. Dresden[7]) zu einem solchen Ergebnis gelangt.[8])

3. a) Die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB. wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vertreter des Leistenden widersittlich handelte. Und ebenso muß ein Herausgabeverlangen des Rechtsnachfolgers an der Widersittlichkeit des Vorgängers scheitern. Das ist zwar bestritten bezüglich des Vertreters: Es fehle die Unsittlichkeit auf Seiten des Vertretenen.[9]) Dem Ergebnis dieser Gegenansicht wird nur dann zuzustimmen sein, wenn das „widersittliche Leistungsgeschäft", das der Vertreter abschloß, dem Vertretenen gegenüber des Rechts-

---

1) RGRK. § 817 Erl. 3 e; RGZ. 67, 326; RG.JW. 1912, 862 Nr. 20, 1921, 461 Nr. 4; RG. Warn. 1911, 115; 1917, 206; 1920, 32 u. a.; Schmieder Diss. S. 83, 84.

2) Lehmann: b. Enneccerus—Lehmann § 223 2 e.

3) Staudinger: § 817 2 b ε.

4) Planck: § 817 5 c.

5) RGRK. § 817 Erl. 3 e.

6) Die Ansicht bekämpft Heck: Arch. Ziv. Prax. 124, 8 ff.

7) In der Entsch. Seuff. A. 59, 81.

8) Das Ergebnis kann auch ohne diese juristische Spitzfindigkeit dadurch erreicht werden, daß man unter Abgehen von der übertriebenen Abstraktheit des Leistungsgeschäftes entsprechend dem oben § 4 I Ausgeführten die Nichtigkeit des Leistungsgeschäftes annimmt.

9) Oertmann: § 817 Anm. 5 b (mit römischrechtl. Belegstelle). Wie im Text: RGRK. § 817 Erl. 3c (mit RGZ. 100, 246); Enneccerus—Lehmann: § 223 2 c S. 748/49.

scheinprinzips wegen wirksam war, obgleich das Geschäft nicht im Rahmen der Vertretungsmacht lag.

b) Dagegen wird der Konkursverwalter des Leistenden stets Herausgabe der Leistung fordern können. Das folgt aus dem Strafcharakter der Ausschlußklausel des § 817 S. 2 BGB. Allerdings wird auch diese Ansicht bekämpft, mit der Begründung, es könne der Verwalter nicht mehr Rechte für die Masse beanspruchen, als dem Gemeinschuldner zustehen.[1]) Das Argument ist deshalb nicht stichhaltig, weil diese Regel durch § 63 Z. 3 KO. in dem öffentlichrechtlichen Gegenstück des § 817 S. 2 BGB., der gerichtlichen Strafe, ebenfalls eine Durchbrechung erleidet. Wenn der Konkursverwalter eine öffentlichrechtliche Strafe des Gemeinschuldners aus der Konkursmasse nicht zu zahlen braucht, dann muß er umso mehr eine Forderung, die der Masse an und für sich zusteht,[2]) geltend machen können, wenn dem Gemeinschuldner selbst das Beitreiben jener Forderung nur deshalb versagt ist, weil der Gemeinschuldner bestraft werden soll.[3]) Für die hier vertretene Ansicht spricht ferner, worauf Frieda Schmieder[4]) hinweist, das den Regeln der Konkursanfechtung zu entnehmende argumentum a fortiori.

4. a) Obwohl an sich eine Bestrafung auch auf dem Gebiete des volksgenössischen Zusammenwirkens nicht abzulehnen ist — die kommende Rechtsreform wird im Gegenteil den Bußgedanken auch hier zur Geltung bringen[5]) —, muß die Regelung des § 817 S. 2 BGB. als äußerst unglücklich bezeichnet werden, denn die Bestrafung des Leistenden bedeutet notwendig eine durch nichts gerechtfertigte Bevorzugung des Leistungsempfängers. Das muß sich für die hier in Frage stehenden Fälle besonders verhängnisvoll auswirken, wenn das (nichtige) Kausalgeschäft auf Leistung und Gegenleistung gestellt ist und einer der Geschäftsbeteiligten vorleistet. Dann bleibt der Leistungsempfänger im Genusse der Leistung, ohne die Gegenleistung erbringen zu müssen, wenn er sich auf die Nichtigkeit des Grundgeschäftes beruft.

b) Den bekanntesten Fall solch unbilliger Regelung stellt der Fragenkomplex dar, der unter der Bezeichnung „Bordellhypothek" die

---

[1]) RGRK. § 817 Erl. 3 c (gegen RGZ. 99, 161; 105, 31); Enneccerus—Lehmann: § 223 2 c (mit Lehmann: DIZ. 1921, 94 u. Jäger: Komm. z. KO. § 6 Anm. 6).

[2]) Durch diese Formulierung soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß der Masse als solcher Rechte zustehen.

[3]) So im Ergebnis: Staudinger: § 817 2 b β; Planck: § 817 5 e; Leonhard II § 263 S. 499.

[4]) Schmieder Diss. S. 95 ff.; dort auch näheres über das Rückforderungsrecht des Konkursverwalters.

[5]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 64

Rechtswissenschaft beschäftigt. Obwohl das Eingehen auf besondere Beispiele geflissentlich vermieden wurde, um den Rahmen dieser Arbeit nicht allzu sehr auszudehnen, wird man an diesem Problem nicht vorübergehen können, wenn die Erörterung des Rechtsschicksals „widersittlicher Leistungen" nur einigermaßen erschöpfend sein soll.

α) Der Sachverhalt ist kurz folgender: Der Verkäufer eines Bordells überträgt das Bordell dem Käufer zu Eigentum. Der Käufer bewilligt dem Verkäufer die Eintragung einer Hypothek zur Sicherung der Restpreisforderung. Nach einiger Zeit stellt der Käufer Zins- und Amortisationszahlungen ein und erhebt Klage gegen den Verkäufer, in die Berichtigung des Grundbuchs und die Löschung der Hypothek einzuwilligen.

β) Nach herrschender Ansicht ist die Klage des Käufers begründet: Das obligatorische Grundgeschäft ist nichtig wegen Widersittlichkeit des Inhalts.[1]) Die Verfügungen jedoch, die auf Grund dieses Geschäftes erfolgen, sind, so wird gelehrt, wirksam wegen der Abstraktheit der Verfügungsgeschäfte. Der Käufer ist durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch also Eigentümer geworden. Er bleibt Eigentümer, obwohl er das Eigentum ohne Rechtsgrund erlangte: Der Kondiktion des Veräußerers steht § 817 S. 2 BGB. entgegen, da nicht nur der Verkauf, sondern auch regelmäßig[2]) die Veräußerung des Bordells eine beiderseitige Widersittlichkeit bedeutet. Die dem Veräußerer bewilligte und eingetragene Restkaufgeldhypothek ist jedoch nicht als Hypothek zur Entstehung gelangt, da die Forderung, deren Sicherung die Hypothek dienen sollte, nichtig ist. Gemäß §§ 1163 Abs. 1, 1177 Abs. 1 BGB. steht die Belastung des Bordellgrundstückes dem Erwerber als Eigentümergrundschuld zu. Nichts hindert den Erwerber daran, diese Berechtigung im Wege der Berichtigungsklage geltend zu machen.[3])

---

[1]) So die herrschende Lehre; das Reichsgericht mit der Einschränkung, ein solches Geschäft sei nur dann nichtig, wenn eine innere Beziehung zwischen dem unsittlichen Zwecke und dem Inhalt des Vertrages bestehe, wie z. B. dann, wenn der Bordellkaufpreis den allgemeinen Wert wesentlich übersteige (RGZ. 78, 282; RG. Gruch. 66, 91); nicht genüge die Kenntnis des Verkäufers von der Absicht des Käufers, den Bordellbetrieb fortzusetzen (RGZ. 68, 99; 71, 433). Diese Einschränkung des Reichsgerichts hat zu Unrecht (vgl. oben § 1 III 2 b, S. 27 f) teilweise die Billigung der Theorie gefunden. Die Wirksamkeit des Bordellverkaufs bejaht schlechthin Leonhard in Festschr. f. Bekker S. 103.

[2]) Die Veräußerung des Bordells verstößt trotz Nichtigkeit des zugrunde liegenden Kausalgeschäftes dann nicht mehr gegen die „guten Sitten", wenn der Käufer zwischen Kaufabschluß u. Erwerb des Bordells die Absicht der Weiterführung des Bordellbetriebes aufgegeben hat.

[3]) RGZ. 75, 74; 78, 45 u. 285; Enneccerus—Lehmann: § 223 4 S. 570; Lehmann: Allg. Teil § 25 3 S. 153; Gierke: Logos 6, 211 ff. VI S. 242; Schäfer: JW. 1912, 103; v. Tuhr: Arch. Ziv. Prax. 120, 1 ff., insbes. S. 8.

γ) Dieses Ergebnis ist so „ungereimt",[1]) daß seit Inkrafttreten des BGB. die Versuche nicht aufhörten, eine verständlichere Lösung zu begründen.

aa) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist keine einheitliche. Anfänglich[2]) wies es die Klage des Bordellerwerbers auf Einwilligung in die Berichtigung des Grundbuchs mit der Begründung ab, daß die Bestellung der Hypothek ein dingliches Erfüllungsgeschäft sei und durch die Nichtigkeit des Kausalgeschäftes nicht berührt werde. Zwar stehe dem Bordellveräußerer eine persönliche Klage gegen den Bordellerwerber nicht zu, wohl aber gewähre die eingetragene Hypothek das dingliche Recht, Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen. Dieses Recht könne gemäß § 817 S. 2 BGB. nicht kondiziert werden. Jener Ansicht hat sich Reichel[3]) angeschlossen, und ähnlich, wie das Reichsgericht, führt er aus,[4]) die Kaufpreisforderung sei nicht „schlechthin und in alle Wege" nichtig, sie sei zwar nicht klagbar, aber zahlbar, denn die condictio indebiti sei nach erfolgter Leistung gemäß § 817 S. 2 BGB. ausgeschlossen; diese Eigenschaft teile die Bordellschuld mit ihrem geraden Widerspiel, der sog. Natural- oder Anstandsschuld (§§ 814, 222 Abs. 2 BGB.). Die Naturalschuldhypothek sei klag- und vollstreckbar. Der Analogieschluß auf die Bordellhypothek liege verführerisch nahe.

Gegen die Entscheidung des Reichsgerichts und damit gegen die Darlegungen Reichels wandte sich Lenel.[5]) Dem Sinne nach stellt er folgendes fest: Die Voraussetzung, auf der das Reichsgericht seine Beweisführung aufbaue, sei irrig. Die wegen Verstoßes gegen die Sittlichkeit nichtige Forderung vermöge keinerlei Wirkung, auch nicht die Wirkung einer Naturalobligation zu entfalten. Der Ausschluß der Rückforderbarkeit des Geleisteten werde nicht durch die Forderung begründet, sondern einzig und allein durch die Verwerflichkeit, die Leistendem und Leistungsempfänger bei der Vornahme der Verfügung zur Last gefallen sei. Wegen der völligen Unwirksamkeit der Forderung sei aber die Folgerung unausweichlich, daß die Hypothek gemäß § 1163 Abs. 1, § 1177 Abs. 1 BGB. dem Eigentümer zufalle. Das unerfreuliche Ergebnis sei nur dadurch zu vermeiden, daß man auch das obligatorische Grundgeschäft für gültig erachte.

---

1) Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 21.
2) RGZ. 63, 179, insbes. 186.
3) Reichel: DJZ. 1907, 109 und im Ergebnis (Grundschuld des Veräußerers) auch Förster: Recht 1905, 356 ff. a. E.
4) Reichel a. a. O. Z. 1 Spalte 112.
5) Lenel: DJZ. 1907, 454 ff.

bb) Schon bald ging das Reichsgericht von seiner ursprünglichen Meinung ab und entschied in der Frage der Bordellhypothek in dem oben S. 82 β angegebenen Sinne.[1]) Aber hier blieb es nicht stehen, sondern kehrte im Ergebnis bald wieder zu seiner Erstentscheidung zurück, indem es das Verlangen des Bordellkäufers, der unentgeltlich im Besitz des Bordells bleiben wollte, für arglistig erklärte. Es gewährte daher dem beklagten Verkäufer die exceptio doli generalis [2])

Wenn es auch bedenklich erscheinen kann, die Zulässigkeit der exceptio doli überhaupt abzulehnen,[3]) so wird doch regelmäßig die Anwendung dieser Einrede an dem Wortlaut des § 817 S. 2 BGB. scheitern. Denn fast immer wird die Verteidigung des Beklagten darauf hinauslaufen, „daß dem Kläger die Ausübung eines Rechtes verwehrt sein solle, wenn er nicht freiwillig auf einen nach § 817 S. 2 BGB. erlangten Vorteil verzichtet".[4]) Das aber reicht zur Begründung der Arglisteinrede nicht aus. Dem konnte sich auch das Reichsgericht vielfach nicht verschließen, und in der Folgezeit verzichtete es daher auf einen festen Rechtsstandpunkt, indem es bei gleichgelagerten Fällen die Zulässigkeit der Einrede bald bejahte, bald verneinte.[5])

cc) Heck,[6]) Leonhard[7]) und Staudinger[8]) lehren, daß der Bordellveräußerer und der Bordellerwerber die gegenseitig erbrachten Leistungen gemäß § 812 BGB. zurückfordern könnten, da § 817 S. 2 BGB. der Anwendung des § 812 BGB. nicht entgegenstehe, wenn die Voraussetzung dieser Vorschrift (§ 812 BGB.) erfüllt sei.[9]) Die Bejahung dieses Gedankens würde dem § 817 S. 2 BGB. nahezu jegliche praktische Bedeutung rauben. Denn selten werden Fälle denkbar sein, in denen die Voraussetzung des § 812 BGB. nicht

---

1) RGZ. 68, 97 ff.

2) RGZ. 71, 436 ff.; JW. 1912, 632 Nr. 1.
Der gleichen Ansicht sind Philipp: BayZ. 1905, 382 ff. II S. 386; Lux: LZ. 1919, 561 ff. II 9. Sp. 566.

3) Lehmann: Nachträgl. Unsittlichwerden S. 72.

4) RGRK. § 817 Erl. 5.

5) Die Einrede wird verworfen in den Entscheidungen RGZ. 75, 78; RG.JW. 1911, 317 Nr. 2, 1912, 853 Nr. 4.

6) Heck: Arch. Ziv. Prax. 124,12, Anm. 22.

7) Leonhard II §§ 264/65 S. 500 ff.

8) Staudinger: § 817 2 b δ.

9) So Leonhard a. a. O.

gegeben ist, wenn der Tatbestand des § 817 S. 2 BGB. erfüllt ist (siehe oben I 1, S. 73 ff.)[1]. Mit Recht weist Lehmann[2]) darauf hin, daß selbst die Annahme zweier verschiedener Ansprüche mit eigenem Tatbestand, die miteinander konkurrieren, nicht dazu führen könne, den Bereicherungsanspruch wegen mangelnden Rechtsgrundes von den Schranken des § 817 S. 2 BGB. zu befreien.

dd) Werner[3]) glaubt, dem Bordellveräußerer dadurch helfen zu können, daß er die Entstehung der — wegen Nichtigkeit der Forderung — zur Eigentümergrundschuld gewordenen Belastung in den Zeitpunkt der Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch verlegt. Dann nämlich sei die Eigentümerhypothek für den Veräußerer entstanden. Der Erwerber habe das Grundstück nie ohne diese Hypothek gehabt. Die dingliche Einigung der Parteien sei nicht auf die Auflassung schlechthin gerichtet gewesen, sondern nur auf Auflassung unter Eintragung der Hypothek; deshalb könne der Käufer nicht Pfandfreistellung wegen der Unsittlichkeit des Geschäftes verlangen.

Gegen die Ansicht Werners wendet Nissen[4]) ein, daß eine an sich wirksame Gläubigerhypothek wegen der gemäß § 1113 BGB. notwendigen Forderung nicht von vornherein für den Eigentümer des Grundstücks als Gläubiger sich begründen lasse. Wolle man an einer Rechtsgültigkeit der für den Veräußerer eingetragenen Hypothek[5]) als solcher festhalten, so müsse man ihre Entstehung in einen Zeitpunkt verlegen, in welchem dem Veräußerer das Grundstück nicht mehr gehöre. Deshalb könne die Hypothek nur dem Erwerber gemäß § 1163 BGB. zufallen.

---

[1]) Am wenigsten folgerichtig ist der Standpunkt Hecks. Obwohl Heck die „Verstoßfälle" (das sind solche Fälle, bei denen eine Leistung auf Grund einer gemäß §§ 134, 138 BGB. nichtigen Kausalabrede erbracht wird, S. 85) der Regelung des § 817 S. 2 BGB. unterwirft, gewährt er dem Bordellveräußerer einen Herausgabeanspruch. Da die diesem bestellte Hypothek wegen der Nichtigkeit der Forderung, deren Sicherung sie dienen solle, nicht zur Entstehung gelange, bleibe der mit der Übereignung des Grundstücks verfolgte Zweck der dinglichen Sicherung aus. Der Verkäufer könne das Grundstück kondizieren. Dazu ist zu sagen, daß der Bordellveräußerer das Grundstück nicht zu dem Zwecke übereignet, eine dingliche Sicherheit zu erhalten, sondern zu dem Zwecke, seine (nichtige) Kaufverbindlichkeit zu erfüllen. Er kann daher sein Rückforderungsverlangen nur auf die Widersittlichkeit des gemäß § 138 BGB. nichtigen Grundgeschäftes stützen. Die Bordellveräußerung stellt daher einen sog. Verstoßfall dar. Heck müßte also konsequenterweise dem Bordellveräußerer die Rückforderung versagen.

[2]) Lehmann: § 223 3 Anm. 4 S. 749.

[3]) Werner: Recht 1909, 103 ff.

[4]) Nissen: Recht 1909, 211.

[5]) als dinglicher Belastung.

Hiernach muß es zumindest zweifelhaft erscheinen, ob die Ansicht Werners die richtige ist. Es muß allerdings zugegeben werden, daß der Gedanke Werners sehr viel für sich hat. Er ist verwandt mit den für die Auslegung der §§ 1445 BGB. und 49 Abs. 2 HGB. maßgebenden Ideen.[1])

ee) Wenig glücklich ist die Lösung Rumpfs.[2]) Rumpf vertritt den Standpunkt, daß grundsätzlich die Eigentumsübertragung an dem Grundstück, ebenso wie die Hypothekbestellung nichtig seien. Inwieweit diese Ansicht richtig ist, wurde oben § 4 gezeigt. Irrig und unklar in ihren Auswirkungen ist jedoch die weitere Behauptung Rumpfs, trotz Nichtigkeit der Leistungen werde der Rückforderungsanspruch des Bordellveräußerers (die Vindikation) und ein Hypothekenlöschungsanspruch des Erwerbers durch die Bestimmung des § 817 S. 2 BGB. ausgeschlossen. Auf die unerfreulichen Ergebnisse der Rumpf'schen Darlegung hat insbesondere v. Tuhr[3]) aufmerksam gemacht. Einmal ergebe sich aus der Befolgung des von Rumpf Vorgebrachten eine sehr weitgehende Erschwerung des Grundbuchbetriebes, da der Grundbuchbeamte die Wirksamkeit der Auflassung zu prüfen habe. Dieser Einwand kann auch dem oben § 4 gefundenen Ergebnis, daß eine Bordellveräußerung grundsätzlich nichtig ist, entgegengesetzt werden. Dazu ist zu sagen, daß es dem Grundbuchbeamten auch in anderen Fällen zugemutet werden muß, die Gültigkeit der Auflassung zu prüfen, wenn berechtigte Zweifel an der Wirksamkeit der Auflassung auftreten. Der Fall, daß eine Grundstücksveräußerung wegen widersittlichen Handelns des Veräußerers und des Erwerbers nichtig ist, wird nicht häufiger vorkommen als der Fall, daß eine Auflassung wegen einer Geisteskrankheit nichtig ist. Noch niemand hat aber einer Auflassung die Wirksamkeit bei Geisteskrankheit eines Beteiligten deshalb zusprechen wollen, weil die Nichtigkeit eine Erschwerung des Grundbuchbetriebes zur Folge habe. Tatsächlich legt auch v. Tuhr diesem Einwand keine allzugroße Bedeutung bei. Er bekämpft vielmehr die Darlegungen Rumpfs vor allem deshalb, weil Rumpf sich in keiner Weise darüber äußere, wie er sich die weitere Gestaltung des Rechtsschicksals des Bordellgrundstücks und der Bordellhypothek denke. Das Grundstück sei auf den Namen des Erwerbers im Grundbuch eingetragen. Der Erwerber sei jedoch nur

---

[1]) Die Durchführung des Gedankens, eine (forderungsbekleidete) Eigentümerhypothek zur Sicherung einer Forderung zu begründen, wird nicht auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen, vgl. § 1143 BGB. in Verb. mit § 1196 BGB.
[2]) Rumpf: Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff.
[3]) v. Tuhr: Arch. Ziv. Prax. 120, 1 ff.

Bucheigentümer wegen der Nichtigkeit der Auflassung. Da dem Veräußerer jedoch ein Berichtigungsanspruch gemäß § 817 S. 2 BGB. nicht zustehen solle, sei dauernd ein Nichteigentümer im Grundbuch eingetragen, bis endlich der Bucheigentümer durch Tabularersitzung das Eigentum erwerbe. Diese Lösung sei aber undurchsichtig und unklar. Gewonnen sei gegenüber der Ansicht des Reichsgerichts nichts. Der Erwerber bleibe im Besitz des Bordells.

Die eigentlichen Schwierigkeiten begännen aber erst bei der Behandlung der für den Veräußerer eingetragenen Hypothek. Die Hypothekenbestellung sei nichtig. Nehme man mit der herrschenden Lehre an, daß bei Nichtigkeit der Hypothekenbestellung auch ein Eigentümerpfandrecht nicht entstehe, so habe keine der Parteien ein Recht erworben. Nehme man aber mit Wolff (§ 145) an, daß ein Eigentümerpfandrecht entstehe, so würde gemäß § 1177 S. 1 BGB. ein Eigentümerpfandrecht für den Veräußerer entstehen (der Veräußerer ist ja Eigentümer geblieben). Gemäß § 1197 BGB. könne der Eigentümer dieses Pfandrecht jedoch nur verwerten, wenn ein anderer die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibe. Lediglich unter dieser Voraussetzung führe die Lösung Rumpfs zu einem befriedigenderen Ergebnis als die Ansicht des Reichsgerichts.

Die Richtigkeit der Schlußfolgerungen v. Tuhrs ist nicht zu bestreiten. Rumpf ist sich also offenbar über die Tragweite der von ihm vorgeschlagenen Lösung nicht klar geworden. Anscheinend will er dem Veräußerer dadurch, daß er dem Erwerber die Hypothekenlöschungsklage verweigert, ein Recht zur Befriedigung aus dem Grundstück geben. Wie er dieses Ergebnis mit der Vorschrift des § 1197 BGB. vereinbaren will, bleibt allerdings sein Geheimnis.

Aber noch ein anderer Grund spricht gegen die Lösung Rumpfs. Bleibt das Grundstück in der Hand des Erwerbers, gewährt die Hypothek dem Veräußerer ein Befriedigungsrecht, so ist damit eine Rechtslage geschaffen, die praktisch die gleiche ist, als wenn die Leistungen wirksam wären und § 817 S. 2 BGB. nicht existierte. Ein solches Ergebnis kann tatsächlich einfacher erreicht werden.

δ) Keine der angegebenen Lösungen konnte restlos befriedigen. Das einzig wirklich brauchbare Ergebnis ist nur dadurch zu gewinnen, daß man die auf Grund des nichtigen Bordellkaufvertrages erfolgenden Leistungen für nichtig erklärt.

aa) Die Eigentumsübertragung an dem Bordellgrundstück wird grundsätzlich wegen Widersittlichkeit des Inhalts des Leistungsgeschäftes — entsprechend dem oben § 4 I 1 a S. 51 f. Ausgeführten — nichtig

sein. Dann aber hat der Veräußerer einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB. Diesem Anspruch steht § 817 S. 2 BGB. nicht entgegen.

bb) Ob auch die Leistung des Bordellerwerbers nichtig ist, wird sich nach den oben § 4 I 1 b und 2, S. 52 ff. und 61 ff. angegebenen Grundsätzen zu richten haben. Häufig wird einer dieser Nichtigkeitsgründe vorliegen. Insbesondere wird zu prüfen sein, ob nicht ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB. vorliegt, denn meist wird die Anzahlung des Erwerbers Zug um Zug gegen die Auflassung erfolgen.[1])

Wegen der Nichtigkeit der Auflassung ist die Wirksamkeit oder Nichtigkeit der Bordellhypothek (Eigentümergrundschuld) weniger erheblich.

Ist die Leistung des Erwerbers wirksam, dann ist das Ergebnis unbefriedigend. Denn dann steht dem Rückforderungsverlangen des Erwerbers die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB. entgegen. Aber das ist nun einmal die Wirkung des uns nicht mehr verständlichen Satzes: in pari turpitudine melior est causa possidentis.

III. So unerfreulich die Regelung (bei Gültigkeit des Leistungsgeschäftes) ist, wenn dem Geber und Nehmer ein Sittenverstoß zur Last fällt, so wenig befriedigend ist auch die Regelung, wenn nur der Geber vorwerfbar gehandelt hat.

1. Auch dann muß § 817 S. 2 BGB. Anwendung finden, d. h. dem Leistenden ist die Rückforderung des Geleisteten versagt.[2]) Das ist allerdings vielfach bestritten mit dem Hinweis darauf, § 817 S. 2 BGB. setze eine beiderseitige Verwerflichkeit voraus. Das Wort „gleichfalls" zwinge zu dieser Auslegung.[3]) Damit bringe das Gesetz zum Ausdruck, daß die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB. nur eine Ausnahmevorschrift zu § 817 S. 1 BGB. darstelle. Nur eine gemäß § 817 S. 1 BGB. begründete Rückforderung werde gemäß § 817 S. 2 BGB. ausgeschlossen. Eine Anwendung auf Fälle alleiniger Widersittlichkeit des Leistenden sei daher nicht möglich.[4])

---

[1]) Wenn man zugibt, daß Grundgeschäft und Vollzugsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB. bilden können, wird es nicht schwer fallen, — auch wenn die Voraussetzungen des § 139 BGB. für Grundgeschäft und Vollzugsgeschäft nicht vorliegen sollten —, in dem gegenseitigen, gleichzeitig erfolgenden Leistungsaustausch ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. des § 139 BGB. zu sehen.

[2]) RGZ. 70, 1 ff.; 127, 279 ff.; 151, 70 ff. = RG. JW. 1936, 1955; OLG. Naumburg, DJZ. 1936, 135. Weitere Rechtsprechung zu dieser Frage bei Staudinger § 817 2 b δ Abs. 2 a. E.

[3]) Staudinger § 817 2 b δ; Eichler: Diss. S. 31; im Ergebnis auch Stoll II § 56 S. 232.

[4]) RGRK. 8. Aufl. § 817 S. 2 Erl. 1 u. 2.

Neubecker[1]) hat zuerst darauf hingewiesen, daß das Wort „gleichfalls“ „nicht logisch, sondern nur grammatisch satzverbindend zu nehmen sei“. Aber selbst wenn dem Wort „gleichfalls“ die oben angegebene Bedeutung zukommen würde, § 817 S. 2 BGB. also nur die beiderseitig widersittliche Leistung regelte, wäre die Ausdehnung des Prinzips des § 817 BGB. durch zwingende (Gesetzes-) Analogie geboten. Denn wenn dem auf Grund eines widersittlich nichtigen Kausalgeschäftes — nur diese Fälle stehen hier zur Behandlung — Verfügenden die Rückforderung des Geleisteten versagt wird, wenn auch den Leistungsempfänger der Vorwurf der Widersittlichkeit trifft, dann muß die Rückforderung erst recht versagt werden, wenn nur dem Leistenden dieser Vorwurf gemacht werden kann. Das ergibt ein Schluß vom Schwächeren auf das Stärkere. Nur dieses Ergebnis ist auch damit vereinbar, daß § 817 BGB. den widersittlich Leistenden bestrafen will. Heck und RGRK 8. Aufl. empfinden das wohl auch, und deshalb leugnen sie den Strafcharakter des § 817 S. 2 BGB. Heck sieht den Rechtsgrund der Ausschlußklausel in dem Gleichgewicht der Verwerflichkeit des Leistenden und des Leistungsempfängers.[2]) Der Ausschluß der Rückforderung beruhe „auf einer Schuldkompensation oder einer Neutralitätserklärung in Verbindung mit dem allgemeinen Besitzvorzuge“.[3]) Daß diese Anschauung Hecks nicht die richtige sein kann, geht daraus hervor, daß ein Abwägen der Schwere der Schuld im Rahmen des § 817 BGB. unzulässig ist. Ist der Tatbestand des § 817 S. 2 BGB. erfüllt, so kann sich der Leistende nicht darauf berufen, der Empfänger habe verwerflicher gehandelt als er selbst.[4]) Eine Abwägung des Grades der Unsittlichkeit ist dem Gesetze vielmehr fremd.

So wenig wie die Ansicht Hecks kann auch die Ansicht des Reichsgerichtsräte-Kommentars befriedigen. Es erscheint wenig überzeugend, daß § 817 S. 2 BGB. die sonst das gesamte Recht beherrschenden Grundsätze der Billigkeit und der Beachtung von Treu und Glauben[5]) zum Ausdruck bringen wolle. Um diese Grundsätze zur Geltung zu bringen, hätte es keiner besonderen Vorschrift bedurft, und sie besonders für widersittliche Leistungen zu betonen, kann sicher nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen sein. Außerdem müßte dann die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB. auch in den allermeisten Fällen

---

1) Neubecker: DJZ. 1902, 569.
2) Heck: Arch. Ziv. Prax. 124, 32 ff. § 4.
3) Heck a. a. O. S. 33.
4) Vgl. RGRK. § 817 Erl. 3 b mit RGZ. 78, 285.
5) RGRK. 8. Aufl. § 817 S. 2 Erl. 2 a. E. 4 oben.

der beiderseitigen Widersittlichkeit versagen. Denn in jedem Falle der Vorleistung des einen widersittlich Handelnden muß der Ausschluß der Rückforderung als unbillig empfunden werden. Daß das Gesetz auf diese Unbilligkeit jedoch keine Rücksicht nimmt, kann nach dem gesamten Inhalt der Vorschrift des § 817 BGB. nicht bestritten werden. Deshalb kann die ratio legis des § 817 BGB. nur darin liegen, den Unsittlichen zu bestrafen. Das aber zwingt dazu, die Rückforderung auch auszuschließen, wenn nur der Leistende widersittlich handelte.

Für diese Lösung spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 817 BGB. Im I. Entwurf war die Regelung des heutigen § 817 BGB. in den §§ 743 Z. 1, 747 Abs. 1 und 3 und 684 Abs. 3 enthalten. Der § 743 Z. 1 E. I lautete: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn die Voraussetzung, unter der geleistet worden, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist." Später wurden Z. 1 des § 743 und Abs. 3 des § 747 lediglich vereinigt, ohne daß sachlich etwas geändert werden sollte. Jedenfalls war die II. Kommission der Ansicht, daß § 741 E. II — der fast wörtlich mit § 817 BGB. übereinstimmt — dem § 741 Z. 1 E. I und § 747 Abs. 3 E. I entspreche.[1])

Ob man auch die Regelung des römischen Rechts als Beweis für die vorgetragene Meinung heranziehen darf, erscheint allerdings zweifelhaft; denn tatsächlich ist nur eine Belegstelle vorhanden, auf die man sich berufen könnte: Die von Heck „Meretrixglosse" bezeichnete Stelle l. 4 § 3 D. 12, 5: Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur sed solius dantis, illam enim turpiter facere quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

Denn einmal hat Heck[2]) mit sehr beachtlichen Argumenten den Glauben an die Echtheit jenes angeblich von Ulpian stammenden Satzes erschüttert. Zum andern kann man diese Stelle — ihre Echtheit unterstellt — auch dahingehend auslegen, daß eine condictio ob turpem causam — l. 4. D. 12, 5 behandelt die condicto ob turpem causam wegen Verstoßes des Leistungsempfängers (§ 817 S. 1 BGB.) — nicht lediglich auf die Unsittlichkeit des Gebenden allein gestützt werden könne.[3])

Die Regelung des römischen Rechts ist aber für die Auslegung des deutschen BGB. dann nicht maßgebend, wenn aus dem BGB. selbst eine andere Regelung hervorgeht. Das aber ist der Fall.

[1]) Heck: Arch. Ziv. Prax. 124,42.
[2]) Heck a. a. O. § 4 S. 42 ff.
[3]) So Heck a. a. O.; Eccius: DJZ. 1903, 41; Eichler: Diss. S. 30.

2. a) Bedeutung gewinnt die Anerkennung dieses Ergebnisses für die Behandlung der Leistung des Wucherers. Das wucherische Verpflichtungsgeschäft ist wegen Widersittlichkeit nichtig; die Leistung des Wucherers wird in vielen Fällen, wie oben § 4 II 2, S. 67 ff. gezeigt wurde, ebenfalls nichtig sein. Dann kann der Wucherer das Geleistete vindizieren. Ist die Leistung jedoch wirksam, so ist dem Wucherer gemäß § 817 S. 2 BGB. (oder analog § 817 Satz 2 BGB.) die Rückforderung versagt,[1]) wenn auch in der Leistung die Verwerflichkeit des Wucherers zum Ausdruck kommt; das wird nur in ganz seltenen Fällen nicht der Fall sein. Dieses Ergebnis entspricht zwar nicht dem Willen der Gesetzesverfasser, denn als die Reichstagskommission den Art. 3 des Wuchergesetzes vom 24. Mai 1880 / 19. Juni 1893 aufhob, weil sie die Regelung des Wuchers dem BGB. in § 138 Abs. 2 eingefügt hatte, war es nicht beabsichtigt, das Rückforderungsrecht des Wucherers, das Art. 3 ausdrücklich bejahte, auszuschließen.[2]) Lediglich die Haftung der vom Bewucherten bestellten Sicherheiten sollte beseitigt werden. Durch Aufnahme des Wuchers in das BGB. wurde aber auch das Rückforderungsrecht den Bereicherungsbestimmungen dieses Gesetzes unterstellt, und deshalb ist die Rückforderung zu versagen, entgegen dem Willen der Gesetzesver-verfasser.

Dieses Ergebnis wird nicht stets unbillig sein, insbesondere dann nicht, wenn der Bewucherte ein wertvoller Volksgenosse war, und die Verwerflichkeit des Wucherers eine erhebliche war. Doch wird gerade in diesen Fällen der Bewucherte aus der Widersittlichkeit des Wucherers keinen Vorteil zu ziehen suchen, wenn er zur Rückgewähr des Empfangenen in der Lage ist. Er wird dann nicht auf den Ausschluß der Rückforderbarkeit pochen.

Vielfach wird jedoch der Bewucherte nicht besser als der Wucherer selbst sein. Dann aber muß der Ausschluß der Rückforderung als unbillig empfunden werden.

---

1) So Larenz II S. 119/120 II; Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 22; Gierke: Logos 6, 242 VI; Oertmann: § 817 Anm. 6 a, sofern der Wucherer contrahendi causa leistet. (In diesen Fällen wird die Leistung des Wucherers nichtig sein, da dann gerade in der Leistung der Sittenverstoß liegt.) RG LZ. 1922, 461; RGRK. § 817 Anm. 3 c mit RG. JW. 1915, 918 Nr. 7. (Verkürzung der Kondiktion des Bewucherten). Wie im Text ferner Krückmann: BayZ. 1915, 189/91.; Fischer: Recht 1917, 284 ff.; auch Enneccerus—Nipperdey: § 179 III (wenn entgegen seiner Auffassung die Gültigkeit des Leistungsgeschäftes bejaht werde); Schmieder Diss. S. 80; RGZ. 151, 70 = RG. JW. 1936, 1955; RG DJZ. 1922 Sp. 749; OLG. Naumburg DJZ. 1936, Sp. 135.

2) Darauf berufen sich Graff: DJZ. 1908, 1102; Kaufmann: Recht 1918, 119; Lux: LZ. 1919, 561/562.

b) Deshalb waren auch hier die Versuche, die eine entgegengesetzte Auslegung des Gesetzes erstrebten, zahlreich.

α) Nicht erheblich wurde die Frage für die Schriftsteller, die die Nichtigkeit auch der wucherischen Leistung annehmen.[1]) Diese Schriftsteller gewähren dem Wucherer folgerichtig den dinglichen Herausgabeanspruch oder die Ausgleichsansprüche des § 951 BGB.

β) Einfach ist auch die Lösung dann, wenn der Rückforderungsausschluß auf die Fälle beiderseitiger Verwerflichkeit beschränkt wird.[2])

Obwohl Staudinger zu dieser Beschränkung des § 817 S. 2 BGB. gelangt, schließt er den Rückforderungsanspruch des Wucherers aus wegen des Grundsatzes: turpitudinem suam allegans non auditur.[3]) Auch Eichler[4]) kommt dann zum Ausschluß der Rückforderbarkeit der Wucherleistung, wenn der Wucherer die Nichtigkeit des Wuchergeschäftes gekannt habe (§ 814 BGB.), oder wenn die Leistung des Wucherers dem Wuchergeschäfte selbständig vorausgegangen sei in Erwartung des späteren Zustandekommens des Wuchergeschäftes, und der Leistende den Grundsatz der Nichtigkeit wucherlicher Verträge gekannt habe (§ 815 BGB.).

γ) Gekünstelt erscheint die Lösung erst, wenn grundsätzlich die ausdehnende Anwendung des § 817 S. 2 BGB. bejaht wird. Planck[5]) spricht dem Wucherer das Rückforderungsrecht zu, aus dem Grunde, daß die Sittenwidrigkeit des Wucherers lediglich darin liege, daß er sich übermäßige Vorteile habe versprechen lassen; nicht aber darin, daß der Wucherer die seines Teils dem Bewucherten geschuldete Leistung bewirkt habe.[6])

Oertmann bejaht die Rückforderungsmöglichkeit aus gleichem Grunde, sofern der Wucherer nicht contrahendi causa leistet.[7])

c) Auch bei der Behandlung der wucherlichen Leistung wird man zu einem befriedigenden Ergebnis nur dann kommen, wenn man die Nichtigkeit der wucherlichen Leistung bejaht. Daß dies vielfach möglich sein wird, wurde oben § 4 II 2, S. 67 ff. dargelegt.

---

[1]) Enneccerus—Nipperdey: § 179 III; Jacoby: Iher. J. 60, 229 ff., insbes. II, S. 244, 45; anders nur Rumpf: Arch. Ziv. Prax. 117, 315 ff.
[2]) Staudinger: § 817 2 d δ (anders Staudinger: § 138 II 4); Stoll II § 56 S. 232; Heck: Arch. Ziv. Prax. 124, 32 ff. § 4; Eichler: Diss. S. 31; Eccius: DJZ. 1903, 41 ff.; Lux: LZ. 1919, 561 ff. I; Graff: DJZ. 1908, 1102/3.
[3]) Staudinger (Riezler): § 138 II Anm. 4 e.
[4]) Eichler: Diss. S. 31 ff.
[5]) Planck: § 817 Erl. 4.
[6]) So auch fast wörtlich RGRK. § 138 Erl. 2 a. E. RGRK. 8. Aufl. § 817, 2 gegen RGRK. § 817 Erl. 3 c. 7. Aufl.
[7]) Oertmann: § 817 Erl. 6 a.

IV 1. Im Vorhergehenden hat sich gezeigt, daß die Bestimmung des § 817 BGB. nur teilweise heutigem Rechtsdenken entspricht. Die „strafende Zurücksetzung“ [1]) des widersittlich Handelnden ist insoweit verständlich, als die Bestrafung wirklich der Bekämpfung des Unsittlichen dient. Die Bestimmung des § 817 S. 1 BGB. wird daher aufrechterhalten werden müssen. Man hat die selbständige Bedeutung zwar auch dieses Satzes geleugnet; [2]) jedoch zu Unrecht. In vielen Fällen wird ein Leistungsempfang widersittlich sein, ohne daß das Verpflichtungsgeschäft, auf Grund dessen die Leistung erfolgt, nichtig ist. Ja, es ist möglich, daß ein Grundgeschäft überhaupt nicht vorliegt, die Leistung vielmehr eine bloße Zweckzuwendung ist.[3]) Auch in diesen Fällen muß der Leistende die Leistung zurückfordern können. § 817 S. 1 BGB. hat ferner dann Bedeutung, wenn bei nichtigem Grundgeschäft der Leistende die Nichtigkeit kennt. Dann darf der Rückforderung nicht § 814 BGB. entgegenstehen. Eine besondere Herausgabevorschrift wegen verwerflichen Empfanges wird daher auch das neue Recht kennen.[4])

2. Die Vorschrift des § 817 S. 2 BGB. dagegen wird beseitigt werden müssen. Zwar kann es nicht Aufgabe des Rechts sein, den widersittlich Handelnden vor Schaden zu bewahren. Das konnte nur dem Gerechtigkeitsideal [5]) einer vergangenen Zeit entsprechen. Aber die Widersittlichkeit zu belohnen, das widerstreitet jeglichem Rechtsgefühl. Nationalsozialistisches Recht kann daher dem widersittlich Leistenden die Rückforderung des zu unsittlichem Zwecke Hingegebenen so wenig gewähren, wie es dem Empfänger die Leistung belassen kann. Das neue Recht wird die Widersittlichkeit, die sich ja vor allem gegen die Gemeinschaft richtet, vielmehr bestrafen. Es wird die Leistung, die zur Erreichung verwerflicher Zwecke erbracht wurde, der Gemeinschaft zuführen.[6]) Dann erst wird der Entscheidung, daß ein Rechtsgenosse verwerflich gehandelt habe, der Nachdruck verliehen, der ihr gebührt.

---

[1]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 53.

[2]) RGRK. § 817 Erl. 6.

[3]) Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 21.

[4]) Schmieder Diss. S. 98.

[5]) Lange: Vom alten z. neuen Schuldrecht S. 65.

[6]) Lange a. a. O. S. 65; Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 22; Stoll II S. 232; Kohler: Arch. bürg. Recht 5, 241. So schon früher das preuß. ALR. von 1794 I 16 §§ 172/73, 205, 206, 210, 211.
Natürlich wird der Leistungsgegenstand, wenn er die Widersittlichkeit in sich selbst trägt — und nur tragen kann —, vernichtet werden. Auch wird der Staat sich nicht um jeden Schmutz bekümmern. Das Einziehungsrecht wird vielmehr ein fakultatives sein (vgl. Stoll II a. a. O.).

Der Staat wird aber nicht nur das widersittlich Geleistete einziehen, wenn Geber und Nehmer verwerflich waren, sondern auch dann, wenn der Leistende allein gegen die Sittlichkeit verstieß;[1]) denn nur eine solche Regelung dient tatsächlich der Bekämpfung verwerflichen Handelns. Niemand darf aus der Widersittlichkeit eines anderen Nutzen ziehen dürfen.

Bei der Neuregelung des § 817 S. 2 BGB. wird es unerheblich sein, ob das Leistungsgeschäft wirksam oder unwirksam ist. Von dieser (mehr zufällig erfolgenden) juristischen Würdigung kann die Bestrafung der Widersittlichkeit nicht abhängig gemacht werden. Ja, es ist geradezu ein Widerspruch der geltenden Regelung, daß demjenigen die Rückforderung gestattet ist, der in so schwerer Weise widersittlich handelt, daß auch das Leistungsgeschäft von der Verwerflichkeit unmittelbar betroffen wird. Das neue Recht muß das Widersittliche unterschiedslos bekämpfen, und jeder Feind der völkischen Sittlichkeit muß hart angefaßt werden. Nur dann kann das Recht seiner Aufgabe, Lebensordnung für das deutsche Volk zu sein, wirklich gerecht werden.

[1]) Dölle: Schmollers Jahrb. 1933 Heft 5 S. 22.

Lebenslauf

Am 16. Juli 1914 wurde ich, Franz Heinrich Clemens Fischer, zu Limburg a. d. Lahn als Sohn des (im Jahre 1935 verstorbenen) Kaufmanns Theodor Otto Fischer und seiner Ehefrau Maria, geb. Hesse geboren. Ich bin arisch und katholisch. Von 1921 bis 1924 besuchte ich die Vorschule der Marienschule zu Limburg. Ostern 1924 wurde ich in die Sexta des Reformrealgymnasiums zu Limburg a. d. Lahn aufgenommen. Am 7. März 1933 bestand ich daselbst die Reifeprüfung. Vom 2. Mai bis 30. September 1933 war ich Teilnehmer am freiwilligen Werkhalbjahr 1933 im Arbeitsdienstlager Branderheide bei Aachen. Im Winterhalbjahr 1933/34 begann ich an der Universität Bonn das Studium der Rechte. 4 Studienhalbjahre lang studierte ich in Bonn (Winterhalbjahre 1933/34, 1935/36, Sommerhalbjahre 1934, 1936) und 2 Studienhalbjahre lang in München (Winterhalbjahr 1934/35, Sommerhalbjahr 1935). Am 22. Januar 1937 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamte bei dem Oberlandesgericht in Köln. Am 9. April 1937 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt. Im Juni und Juli 1937 befand ich mich im Vorbereitungsdienst beim Amtsgericht zu Limburg. Von da an war ich zur Anfertigung der Doktorarbeit beurlaubt. Die mündliche Promotionsprüfung bestand ich am 20. Oktober 1937.

Das Thema der Abhandlung stellte mir Herr Professor Dr. Kipp, der auch die Anfertigung der Arbeit leitete. Dafür möchte ich Herrn Professor Dr. Kipp auch an dieser Stelle meinen Dank aussprechen und nicht minder für die Förderung und Unterstützung, die er mir schon während meines Studiums angedeihen ließ.

Clemens Fischer